

Lorenzo Benedetti

**RESPONSABILITÀ DA
ETERO-DIREZIONE ABUSIVA
DELLA CAPOGRUPPO. NATURA
CONTRATTUALE O AQUILIANA?
EVENTUALE CARATTERE
SUSSIDIARIO?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

I

TRIBUNALE DI PALERMO, Sezione III, 15 giugno 2011 — SPINA *Presidente* — CIARDO *Estensore* — De Simone e altro (avv. Stagno d'Alcontres) c. Soc. Coimpredil e altri (avv. Palmigiano, Santi).

Attività di direzione e coordinamento - Responsabilità della capogruppo - Natura extracontrattuale.
(Codice civile, art. 2497).

Attività di direzione e coordinamento - Responsabilità della capogruppo - Carattere diretto nei confronti dei soci e dei creditori della società controllata.
(Codice civile, art. 2497).

Attività di direzione e coordinamento - Azione di responsabilità verso la capogruppo - Onere di preventiva escussione della controllata in fase esecutiva.
(Codice civile, art. 2497).

Quella prevista dall'art. 2497 c.c. è una responsabilità extracontrattuale (1).

La responsabilità ex art. 2497 c.c. è «diretta», azionabile sia dai soci sia dalle stesse società controllate e sia, infine, dai creditori sociali, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio destinato al soddisfacimento dei crediti (2).

L'art. 2497, 3 comma, contempla solo un onere di preventiva escussione del patrimonio della controllata, da far valere in fase esecutiva, dopo avere comunque ottenuto un accertamento giudiziale che abbia confermato la sussistenza della responsabilità della holding e il danno subito dal socio.

In altri termini, ai fini di esercitare l'azione prevista dall'art. 2497 c.c., non è necessario che venga preventivamente messa in mora o, addirittura, escussa la società soggetta al controllo, perché il giudizio di cognizione è destinato all'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie e solo allorquando il socio avrà ottenuto una statuizione di condanna dovrà previamente agire esecutivamente sul patrimonio della società di cui fa parte (3).

II

TRIBUNALE DI MILANO, Sezione VIII, 17 giugno 2011 — PEROZZIELLO *Presidente* — MAMBRIANI *Relatore* — P. R. c. Hall 41 s.r.l.

Attività di direzione e coordinamento - Responsabilità della capogruppo - Carattere diretto - Natura contrattuale.
(Codice civile, art. 2497).

Attività di direzione e coordinamento - Responsabilità della capogruppo - Condizione dell'azione - Inesistenza.
(Codice civile, art. 2497).

La responsabilità per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento di società ha carattere diretto e natura contrattuale, presupponendo un preesistente dovere di protezione avente contenuto definito posto a carico della società dirigente verso la società diretta ed i suoi soci (4).

Né la messa in mora né la preventiva escussione della società controllata costituiscono condizioni dell'azione e di proponibilità della domanda volta a far valere la responsabilità dell'ente capogruppo per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento verso i soci e i creditori della società controllata (5).

III

TRIBUNALE DI VERONA, 6 settembre 2011 — MIRANDA *Presidente* — LANNI *Relatore*
— Ed. s.r.l. c. E.O.S., To. Z., C. Bl., Fa. Fa., S. s.r.l.

Attività di direzione e coordinamento - Azione di responsabilità - Legittimazione passiva della società controllata - Inesistenza.
(Codice civile, art. 2497).

L'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata del secondo e del terzo comma dell'art. 2497 c.c. induce a ritenere che non sussiste la legittimazione passiva della società controllata, in relazione all'azione prevista all'art. 2497 c.c., con la quale il socio della società controllata fa valere il pregiudizio indiretto alla propria partecipazione nei confronti della società controllante e dei suoi amministratori (6).

I

(*Omissis*)

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Con atto di citazione ritualmente notificato, De Simone Domenico e De Simone Luigi, premettendo di essere soci titolari di una partecipazione societaria, pari rispettivamente al 2,5 per cento e all'1,625 per cento di azioni ordinarie del capitale sociale della Cpc-Costruzioni prefabbricati cemento s.p.a. (di seguito Cpc s.p.a.), proponevano azione *ex art. 2497 c.c.*, nei confronti dei soggetti che esercitavano l'attività di direzione, coordinamento della Cpc, per avere subito danni, nella misura della perdita di valore e redditività della quota di partecipazione dai medesimi posseduta, in conseguenza del comportamento abusivo tenuto dalla capogruppo, dalle altre società del gruppo, beneficiarie e compartecipi dei fatti lesivi, e dagli amministratori Pisa Franco e Pisa Giampaolo.

In particolare, gli attori esponevano che la società faceva parte di gruppo societario, la cui *holding*, la Coimpredil s.p.a. deteneva la partecipazione maggioritaria in Cpc, così composto:

- 1) Coimpredil s.p.a. possedeva il 57,75 per cento di Cpc;
- 2) Coimpredil s.p.a. possedeva il 50 per cento di Golf Feudo di Settime s.r.l. (di seguito Golf Feudo s.r.l.) e il restante 50 per cento era posseduto da Castello di Settime s.r.l., che era a partecipazione totalitaria di Coimpredil s.p.a.;
- 3) Coimpredil possedeva il 10 per cento della *newco* Golf Feudo di Asti s.p.a., e il

restante 90 per cento era posseduto da Castello di Settime s.r.l. (interamente partecipata da Coimpredil s.p.a.);

4) amministratori Pisa Franco e Pisa Giampaolo, rivestivano il ruolo di amministratori in Cpc e anche in Coimpredil di cui possedevano il 75 per cento delle quote sociali.

Tanto premesso, gli attori censuravano una serie di operazioni eseguite in danno della società Cpc s.p.a., con comportamento abusivo, preordinato a sottrarre beni e liquidità al fine di avvantaggiare la capogruppo e altre società del gruppo, con pregiudizio per il valore della quota di partecipazione dei soci, consistenti in:

a) contratto di *lease-back* del complesso immobiliare, di proprietà della Cpc, unico cospicuo bene del valore di euro 8.400.000, conclusa con Locat, realizzata allo scopo, solo apparente, di conseguire liquidità da reinvestire nello sviluppo e nel rilancio della società, in realtà eseguita al solo fine di finanziare la grossa operazione immobiliare eseguita nel comune di Asti e Settime, avente oggetto la realizzazione di campi da golf e di villette, avviata dalla Golf Feudo di Settime s.r.l., proprietaria di terreni e di una villa settecentesca, affidata, nella parte relativa alla gestione anche finanziaria a Coimpredil, ed appaltata a C. Costruzioni s.r.l. nella fase di realizzazione, altra società del gruppo, con relativa gestione e manutenzione del campo da golf affidata alla Golf Feudo di Asti s.p.a., costituita a tale scopo;

b) preliminare concluso da Cpc in data 2 agosto 2005, avente ad oggetto l'acquisto del diritto di opzione per l'acquisto della villa settecentesca, sita nel comune di Asti, di proprietà di Golf Feudo di Settime s.r.l., per l'importo di euro 3.600.000, con scadenza al 30 marzo 2006, operazione mai perfezionata, la cui somma pagata era stata restituita da Coimpredil s.p.a., ratealmente con integrale versamento completato il 7 luglio 2007, e pagamento di interessi di modestissima entità pari ad euro 124.744.

Precisavano gli attori che la liquidità conseguita dall'operazione di *lease-back*, non era stata destinata allo sviluppo di Cpc s.p.a. ma era, piuttosto, servita a finanziare il progetto immobiliare del gruppo Coimpredil, con notevole impoverimento della Cpc s.p.a., i cui ultimi bilanci avevano registrato una perdita di euro 1.600.000, tale da necessitare l'obbligo della convocazione dell'assemblea per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2447 c.c.

In ordine al profilo giuridico, gli attori affermavano la sussistenza di tutti gli elementi tali da configurare un'attività di coordinamento e di direzione in capo a Coimpredil s.p.a., anche in via presuntiva *ex art. 2497 sexies* e sostenevano che il socio, ai sensi dell'art. 2497 c.c., poteva esercitare azione diretta nei confronti anche della società di cui faceva parte, al fine di poter poi, in sede esecutiva, far valere la responsabilità sussidiaria prevista dalla norma.

Soggiungevano, infine, di agire nei confronti di tutti i soggetti, responsabili in solido, dell'eventuale danno subito, quantificato nella misura di euro 550.134 per De Simone Domenico e di euro 357.957 per De Simone Luigi.

Si costituivano nel giudizio tutti i convenuti che, preliminarmente, richiamaavano gli oneri probatori tutti gravanti sugli attori rispetto ai canoni vigenti per le azioni risarcitorie ordinarie, e nel merito, precisavano che il contratto di *lease-back* era l'unico possibile per consentire il ripiano dei debiti della Cpc s.p.a. e che l'operazione di acquisto dell'opzione per la villa del settecento era stata del tutto ininfluente sulla perdita di esercizio registrata nel patrimonio di Cpc s.p.a., attesa l'integrale restituzione delle somme, ad opera non di Coimpredil ma di Golf Feudo di Settime s.r.l. con la quale era stato concluso il relativo contratto.

In ordine, specificamente all'operazione di *lease-back*, evidenziavano che l'impegno in capo a Coimpredil s.p.a. era stato gravoso in considerazione della garanzia che la

stessa dovette prestare costituita da pegno su titoli, dell'importo di euro 780.000, di proprietà di Coimpredil, con obblighi, previsti nel contratto, di pagare i canoni scaduti e il valore residuo, con corresponsione dell'ultima rata (pari ad euro 70.000) ai fini dell'esercizio del riscatto e l'acquisto dell'immobile.

I convenuti rilevavano, ancora, che gli introiti del *lease-back* erano stati destinati a ripianare l'esposizione debitoria della Cpc e ciò anche dopo la restituzione della somma di euro 3.600.000 in conseguenza della scadenza dell'opzione e che, inoltre, gli attori, anche amministratori della società fino al 2003, non avanzarono alcun dubbio sull'operazione, deliberata dall'assemblea anche con il loro consenso, fino al 2007, e che gli stessi, in conseguenza della loro cattiva gestione amministrativa, avevano contribuito a cagionare una situazione di dissesto della società anche attraverso l'accensione di un mutuo cospicuo e la prestazione di ipoteca sull'immobile.

Infine, quanto al profilo giuridico, evidenziando l'assoluta carenza di prova degli assunti esposti e dell'incidenza causale del *lease-back*, i cui effetti non si erano ancora esauriti, con le perdite della società, affermavano che, ai sensi dell'art. 2497 c.c., unico soggetto nei cui confronti gli attori potevano agire era la stessa Cpc s.p.a. in forza del principio di «sussidiarietà», estensibile anche al giudizio di cognizione, con l'effetto che doveva essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva di tutti gli altri convenuti e, in particolare, dei fratelli Pisa, non evocabili in giudizio in proprio.

Indi, chiedevano di chiamare in causa la società Aig Europe S.A. rappresentante per l'Italia, con la quale la Coimpredil s.p.a. aveva stipulato un contratto di assicurazione per la responsabilità degli amministratori, spiegando, nei confronti della terza chiamata, domanda di garanzia.

Si costituiva in giudizio l'Aig Europe S.A., rappresentante per l'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, che contestava la domanda di manleva spiegata dalla società, giacché l'oggetto della domanda risarcitoria proposta dagli attori esulava dalla garanzia coperta dalla polizza stipulata dalla Coimpredil, avente ad oggetto solo l'eventuale indennizzo o risarcimento da corrispondere agli amministratori della società.

Tanto premesso, le complesse questioni poste all'attenzione del tribunale impongono preliminarmente talune considerazioni di ordine generale ed esegetico sulla normativa richiamata dagli attori.

L'art. 2497 c.c. (responsabilità), così testualmente recita: «Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» (1° comma). «Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio» (2° comma). «Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento» (3° comma). «Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario» (4° comma).

Talune nozioni e principî richiamati dalla norma, vengono meglio esplicitati nei successivi art. 2497-*sexies* (presunzioni): «Ai fini di quanto previsto nel presente capo,

si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c.»; e *septies* (Coordinamento fra società): «Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-*sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

La nozione di «direzione e coordinamento» evocata dall'art. 2497 c.c. deve essere considerata un'attività, cioè una sequenza di atti ripetuti nel tempo, che non possono essere espressi in un semplice atto.

Ciò che, piuttosto, rileva è la nozione di controllo, quale «fatto» rilevante ed emergente dal complesso delle relazioni intercorrenti tra le società facenti parte del medesimo «gruppo» che discende dall'esercizio concreto di poteri che spettano al socio controllante e consistono nell'imposizione di direttive vincolanti, di scelte adottate anche formalmente dagli organi gestori della controllata ma riferibili alla capogruppo.

L'influenza dominante deve desumersi da taluni indici significativi dell'accettazione dei poteri decisionali in capo alla *holding* e ai suoi organi amministrativi, con l'effetto che il risultato cui è preordinata l'attività di direzione unitaria è distinto ed ulteriore rispetto a quello delle singole società soggette al controllo, e si risolve nella costante e continua influenza decisiva sulle scelte strategiche ed operative della società sottoposta a controllo.

Nell'ambito della nozione delineata, si distingue l'ipotesi della direzione «unitaria», caratterizzata dal potere vincolante descritto, da quella più sfumata frutto di direttive e di attività di coordinamento, nascente da rapporti non necessariamente di controllo ma fondati sull'esistenza di fonti contrattuali (c.d. controllo esterno).

Difatti, l'attività di direzione e coordinamento è un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo, in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso, consistente nel flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante e trasposte all'interno delle decisioni assunte dagli organi della controllata, involgenti momenti significativi della vita della società, quali, a titolo di esempio, le scelte imprenditoriali, il reperimento dei mezzi finanziari, le politiche di bilancio, la conclusione di contratti importanti ed altro.

In ogni caso deve trattarsi di un'azione costante, reiterata e continua senza che possa rilevare l'assunzione di singoli atti, anche influenzati da altri soggetti, e sporadiche scelte non aventi il carattere stabile dianzi descritto.

Soccorre, come visto, ad enucleare una nozione avente matrice legale che presume l'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento dal controllo esercitato da una società sulle altre, l'art. 2497-*sexies* c.c. che, appunto, presuppone l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento, salvo prova contraria, nei casi in cui la società: è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; esercita il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.; esercita attività di direzione e coordinamento sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.

Per completare il quadro, peraltro, bisogna ricordare che il rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. e l'obbligo del bilancio consolidato non equivalgono automaticamente a direzione e coordinamento, fondando solo una presunzione semplice ai sensi dell'art. 2497-*sexies* c.c.

Difatti, la direzione e il coordinamento si concreta in qualcosa di più intenso rispetto al mero controllo; ciò che rileva non è la mera possibilità di esercitare un'influenza dominante su una o più società, ma l'esercizio effettivo di tale influenza attraverso un'attività di direzione e coordinamento. Il rapporto tra le norme viene risolto, quindi, esaminando il binomio controllo-direzione.

Tale presunzione non deve essere considerata esaustiva, ma al contrario esplicita una delle possibili ipotesi dell'attività di direzione e coordinamento, che potrebbe esistere anche al di fuori di una stretta nozione di controllo e, quindi, anche in presenza di partecipazioni minoritarie e/o indirette, con l'effetto che non può essere associata la direzione e coordinamento al solo concetto di controllo.

Il rapporto fiduciario che viene a crearsi tra società facenti parte di uno stesso gruppo, in guisa da fondare l'attività di direzione e di coordinamento, può assumere rilevanza giuridica all'esterno quando si traduce in direttive ed istruzioni che si rivelano pregiudizievoli per la controllata tali da dar vita ad una responsabilità della *holding* per i danni cagionati alla società, ai soci e ai creditori.

Il fulcro della norma è quello di rendere direttamente responsabili, verso i creditori sociali nonché verso i soci delle società facenti parte del «gruppo», i soggetti che, esercitando un'attività di direzione e coordinamento, violano i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società dirette e coordinate agendo, al contrario, nell'interesse proprio.

Passando a descrivere il nucleo essenziale della fattispecie risarcitoria all'esame del tribunale, la responsabilità della società controllante deriva dalla ricorrenza delle seguenti condizioni:

- 1) l'attività di direzione e coordinamento;
- 2) la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale;
- 3) l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui;
- 4) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società;
- 5) il nesso di causalità.

L'azione può essere promossa dal socio o dal creditore che abbiano subito il pregiudizio sopra indicato e che non siano stati soddisfatti dalla società soggetta a direzione unitaria (art. 2497, 3° comma, c.c.).

È prevista, inoltre, la responsabilità solidale di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo e, «nei limiti del vantaggio conseguito», ne abbia consapevolmente tratto beneficio (art. 2497, 3° comma, c.c.).

La norma, poi, contempla una causa di esclusione della responsabilità nei casi di assenza di danno ogni qualvolta l'attività di direzione abbia, di fatto, prodotto un risultato complessivo positivo o tale danno sia stato comunque eliminato dalle operazioni a ciò espressamente preordinate.

Prima di analizzare, in dettaglio, gli elementi della responsabilità della capogruppo, è necessario affermare che, nella specie, in ragione dei rapporti intercorrenti tra tutte le società, si verte nell'ambito di applicazione della presunzione sancita dall'art. 2497-sexies c.c., giacché, certamente, la Cpc-Costruzioni prefabbricati cemento s.p.a., è società controllata da Coimprendil s.p.a., poiché quest'ultima società, *holding* del gruppo di società convenute in giudizio, detiene la maggioranza della partecipazione societaria, pari al 57,75 per cento con effetto determinante sulla partecipazione alle assemblee, sull'approvazione dei bilanci e sulla nomina degli amministratori — qualità allo stato rivestita da Pisa Franco e Pisa Giampaolo, che sono soci di maggioranza ed amministratori della Coimpredil s.p.a. — e sull'assunzione di scelte importanti per la vita della società, quali quelle oggetto di censura da parte degli attori, e ciò ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 2359, nn. 1 e 2, e 2497-sexies c.c. (v. relazione sulla gestione Coimpredil s.p.a., per gli anni 2005 e 2006 allegati produzione parte attrice).

Inoltre, emerge dal certificato camerale della Cpc s.p.a. prodotto che l'esercizio

dell'attività di direzione e coordinamento è stata annotato presso il registro delle imprese dagli amministratori della Cpc s.p.a., in adempimento dell'onere di pubblicità prescritto dall'art. 2497-*bis* c.c. ed è riportato, quale indicazione generale, nei bilanci della società.

Infine, il quadro dei rapporti tra le diverse società e il ruolo rivestito da Coimpredit s.p.a., di *holding* con poteri di controllo e di direzione sulle diverse società facenti parte del gruppo, emerge chiaramente dalla lettura della relazione sulla gestione per l'esercizio 2006 della medesima società (all. n. 1 produzione attrice), ove vengono riportate tutte le società sottoposte al suo potere di controllo ai sensi dell'art. 2497 c.c.: Tricenter s.r.l., Golf Feudo di Settime s.r.l., C. Costruzioni s.r.l., Castello di Settime s.r.l., Golf Feudo di Asti s.p.a.

L'art. 2497, 1° comma, c.c., sanziona l'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento prevedendo la responsabilità delle società o enti capogruppo che, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società abbiano agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui sì da violare i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle altre società facenti parte del «gruppo».

Lo schema di responsabilità che ne discende non è quello oggettivo, ma, piuttosto, quello colposo nascente dalla violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede imprenditoriali, tali da configurare una forma di «abuso» derivante dall'esercizio del potere di direttiva e di istruzione, preordinato volutamente a soddisfare interessi propri della stessa capogruppo o di altri soggetti, interni o esterni al gruppo, in condizioni sfavorevoli o pregiudizievoli per la società controllata.

Indi, costituisce condizione essenziale affinché possa sorgere la predetta responsabilità, non solo l'aver agito in situazione di conflitto di interessi ma anche il mancato rispetto dei principi di corretta gestione imprenditoriale in guisa da scardinare il necessario punto di equilibrio che deve essere perseguito, nell'esercizio dell'attività di direzione, tra il soddisfacimento degli interessi delle società controllate e di quelli della società controllante, tale da consentire la soddisfazione per tutti i soggetti coinvolti nelle operazioni realizzate.

Volendo qualificare la responsabilità coniata dalla norma, deve affermarsi che si tratta di responsabilità «diretta», azionabile sia dai soci sia dalle stesse società controllate e sia, infine, dai creditori sociali, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio destinato al soddisfacimento dei crediti.

Secondo il condivisibile indirizzo maggioritario seguito dalla dottrina, al quale il tribunale ritiene di aderire, quella prevista dall'art. 2497 c.c. è una forma di responsabilità extracontrattuale, del resto, accolta dallo stesso legislatore nella relazione di accompagnamento alla riforma, senza operare distinzione tra l'azione del socio e quella del creditore, con importanti conseguenze in tema di distribuzione degli oneri di prova sugli elementi costitutivi della fattispecie, sulla rilevanza dell'elemento soggettivo e sui tempi di prescrizione, in un caso decennale e nell'altro quinquennale.

Per aversi responsabilità, ancora, è necessario che l'abuso abbia cagionato ai soci della controllata un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione societaria, secondo un'accezione nuova, che, ritiene il tribunale, debba essere mutuata dai principi dettati in tema di redditività e correttezza di bilancio e dall'incidenza delle operazioni censurate, per un verso, sul patrimonio netto della società e, per altro verso, sul valore delle quote, che tenga conto della remunerazione del capitale investito.

Nel senso che, considerato che si verte in materia di danni prodotti nel patrimonio del singolo socio, l'espressione utilizzata dal legislatore va valutata alla luce dell'aspettativa del socio al mantenimento del valore di scambio della sua partecipazione e al conseguimento di un guadagno, nel caso decida di cederla onerosamente a terzi.

Il danno così prodotto, derivante dalla perdita di valore economico della quota, discende, inevitabilmente, dal danno, in termini di depauperamento, subito in via diretta dal patrimonio della società controllata ed è, dunque, un pregiudizio subito in via mediata ed indiretta dal socio.

Un punto oggetto di contestazione ad opera delle parti convenute e che postula una preliminare opera esegetica della norma, attiene alla corretta interpretazione del 3° comma dell'art. 2497 c.c., secondo cui: «Il socio e il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento».

Il tribunale, dissentendo da quella opinione dottrinaria secondo cui la preventiva messa in mora della società costituisce presupposto per l'esercizio dell'azione, ritiene di condividere il contrapposto indirizzo, sostenuto dalla giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, *Foro it.*, 2009, I, 2829) e da altra dottrina, per il quale la norma contempla solo un onere di preventiva escussione del patrimonio della controllata, da far valere in fase esecutiva, dopo avere comunque ottenuto un accertamento giudiziale che abbia confermato la sussistenza della responsabilità della *holding* e il danno subito dal socio.

In altri termini, ai fini di esercitare l'azione prevista dall'art. 2497 c.c., non è necessario che venga preventivamente messa in mora o, addirittura, escussa la società soggetta al controllo, perché il giudizio di cognizione è destinato all'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie e solo allorché il socio avrà ottenuto una statuizione di condanna dovrà previamente agire esecutivamente sul patrimonio della società di cui fa parte.

Tale interpretazione, del resto, è l'unica conforme ai principi generali di matrice processuale e costituzionale, che connotano di eccezionalità, come tali insuscettibili di interpretazione analogica o estensiva, tutte quelle norme che, contemplando condizioni dell'azione e di proponibilità e/o procedibilità della domanda, devono essere espressamente previste dal legislatore perché in contrasto con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., inevitabilmente limitato e compreso dalla preliminare attività prevista dalla normativa.

La lettura dell'articolo in esame, inoltre, conduce a siffatta chiave di lettura giacché, l'utilizzo dei termini «agire» e «soddisfatti» evocano concetti che si riferiscono al concreto soddisfacimento delle ragioni creditorie, formati all'esito di un giudizio di cognizione svolto anche nel contraddittorio della società controllata sì da consentire che nei suoi confronti si formi ed abbia efficacia il titolo esecutivo di natura giudiziale, senza giammai contemplare una condizione dell'azione processuale che avrebbe richiesto una precisa disciplina non desumibile in via interpretativa.

Ne consegue che correttamente gli attori hanno evocato in giudizio la *holding* unitamente alla Cpc s.p.a., per l'accertamento della responsabilità e per l'eventuale condanna al risarcimento del danno e solo la successiva fase esecutiva non potrà essere azionata nei confronti della Coimpredil s.p.a. se prima non sarà stata escussa o messa in mora la Cpc s.p.a., la quale potrà pure soddisfare la pretesa creditoria nascente dall'eventuale statuizione di condanna.

Ne consegue il rigetto di tutte le eccezioni di inammissibilità e/o improcedibilità dell'azione sollevate dalle parti convenute.

(*Omissis*)

(*Omissis*)

R. P. — socio al 5% di Bradipo Business Architect s.r.l. (di seguito: BBA) — propone in via principale domanda di risarcimento *ex art.* 2497 c.c. nei confronti di Hall 41 s.r.l. (di seguito: Hall 41) — socia al 51% di BBA —, di M. P. — all'epoca presidente del c.d.a. di BBA ed amministratore delegato di Hall 41 — e di BBA, per avere quest'ultima — con missiva in data 25 marzo 2008 a firma P. — rinunciato al diritto di prelazione (spettante in quanto socia al 50% di Camelot s.r.l.) sull'acquisto dell'altro 50% delle quote di quella società, acquisto offertole in data 15 febbraio 2008 per il prezzo di E 3.000.000 (E 50.000 entro il 15 marzo 2008, E 550.000 all'atto della cessione, E 1.900.000 entro 120 giorni dall'atto di cessione, E 500.000 entro 240 giorni dall'atto di cessione) dall'altro socio di Camelot s.r.l. (di seguito: Camelot), White Goose s.r.l. (di seguito: White Goose). Assume in particolare l'attore che a seguito di tale rinuncia, Hall 41 ebbe ad acquistare la partecipazione in questione (50% del capitale di Camelot) con atto in data 31 marzo 2008 per poi rivendere il 49% del capitale predetto a vari acquirenti, con sette contratti definitivi stipulati tra il 3 luglio ed il 7 agosto 2008, al prezzo complessivo di E 6.000.000.

L'operazione avrebbe dunque determinato, sul piano economico, in capo ad Hall 41 una plusvalenza di E 3.000.000 in denaro, il mantenimento della titolarità dell'1% di Camelot, il controllo di detta società (1% in proprio + il 50% in capo alla controllata BBA) e simmetricamente, in capo a BBA, la perdita della possibilità di conseguire essa stessa quel vantaggio economico, con conseguente mancata corrispondente valorizzazione del suo patrimonio e, quindi, delle partecipazioni anche dei soci di minoranza. La medesima operazione, sul piano giuridico, avrebbe generato: — in capo ad Hall 41 responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c., per avere la controllante agito, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, nell'esclusivo interesse proprio ed «a discapito dei soci di minoranza presenti solo in BBA, nonostante quest'ultima avrebbe essa stessa voluto realizzarla, nei medesimi termini e conseguendo i medesimi vantaggi» (citazione p. 10, enfasi d.e.), anzi essendo logico che l'operazione venisse effettuata proprio da BBA, già socia di Camelot al 50%; — in capo a M. P. — in veste di amministratore delegato di Hall 41 — responsabilità *ex art.* 2497, comma 2, c.c. per avere il medesimo preso parte all'atto lesivo, prima rinunciando alla prelazione in veste di presidente del c.d.a. di BBA, poi procedendo alle vendite sopra indicate quale legale rappresentante di Hall 41; — in capo a BBA responsabilità ai sensi dell'art. 2497, comma 3 c.c.; — in capo al sig. P. diritto ad un risarcimento pari alla somma che rappresenta la mancata valorizzazione della sua partecipazione in BBA — in totale per E 202.959,15 —, derivante dalla mancata realizzazione, per fatto e colpa di Hall 41 e P., della plusvalenza che si sarebbe determinata qualora BBA avesse esercitato il diritto di prelazione per l'acquisto del 50% di Camelot venduto da White Goose ed avesse proceduto all'acquisto ed alla successiva rivendita.

Con l'atto di citazione parte attrice, sul presupposto dell'accoglimento della domanda principale come sopra sintetizzata, ha dichiarato di recedere da BBA *ex art.* 2497-*quater*, lett. b), c.c. ed ha chiesto la nomina di un esperto al fine di procedere alla determinazione del valore della sua quota nonché condanna di BBA ad acquistare tale partecipazione ed a pagare il relativo prezzo.

La domanda principale è infondata.

La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 2497 c.c. — nel prevedere: «La società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta

gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» — prefigura, con riferimento ai soci della società eterodiretta, un'ipotesi di responsabilità di natura contrattuale, poiché per un verso è la stessa norma a prevedere obblighi di corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento in capo alla *holding* e nei confronti della società che vi soggiace che trascendono ampiamente il generale dovere di astensione da atti lesivi, e, per altro verso, sembra evidente (è introdotto un caso speciale di responsabilità diretta per danno riflesso al valore ed alla redditività della partecipazione: v. *postea*) che quell'obbligo non sia volto solo a tutelare la società eterodiretta, essendo invece palese che esso concerne anche le posizioni soggettive dei suoi soci, specie quelli di minoranza. Si prefigura quindi la sussistenza di un preesistente dovere di protezione avente contenuto definito posto a carico della società dirigente verso la società diretta ed i suoi soci, ovvero di una situazione fondante una responsabilità contrattuale, secondo l'ampia accezione che tale responsabilità è venuta assumendo nella più recente evoluzione giurisprudenziale (V. anche Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.*, 2001, 1155). La norma è stata introdotta, come noto, al fine di disciplinare i rapporti tra società appartenenti ad un medesimo gruppo e, in particolare, per sanzionare i comportamenti delle "società dirigenti" che, abusando della posizione di supremazia di cui godono nel gruppo, esercitano il loro potere di direzione e coordinamento — di per sé legittimo — in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società controllate, allo scopo di perseguire e soddisfare un interesse imprenditoriale proprio o altrui in danno di esse. La disciplina in questione persegue nel contempo lo scopo di tutelare l'integrità del patrimonio delle società controllate e, quindi, di tutelare le ragioni dei loro soci e dei creditori.

La tecnica di tutela utilizzata — non l'unica possibile (ipotizzabile, ad esempio, anche la previsione della legittimazione del socio di minoranza della controllata all'esercizio dell'azione risarcitoria che le spetta nei confronti della controllante) — è particolarmente efficace, sia perché stimola i soci (di minoranza) della controllata all'azione, mediante l'introduzione della responsabilità diretta della controllante nei loro confronti e la conseguente possibilità di vedersi direttamente risarcita la diminuzione di valore o di redditività della loro partecipazione, sia perché coinvolge in solido tutti i partecipanti all'evento lesivo oltre a chi ne abbia tratto vantaggio (art. 2497, comma 2, c.c.), sia perché coinvolge la stessa società controllata nel procurare il soddisfacimento delle ragioni dei propri soci (art. 2497, comma 3, c.c.: v. *postea*). In questo quadro assumono rilevanza:

- la condotta, cioè l'esercizio, da parte di una società, di attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre;

- l'antigiuridicità della condotta, cioè l'esercizio di quell'attività nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, dunque estraneo a quello della società soggetta alla sua direzione/coordinamento, e in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società sottoposte ad essa;

- l'evento dannoso, ovvero il pregiudizio arrecato al valore od alla redditività della partecipazione;

- il nesso di causalità tra condotta ed evento.

Tutti tali elementi, essendo costitutivi della responsabilità della società controllante, devono essere provati dal socio della controllata, in base ai principi generali,

potendo la convenuta esimersi dalla responsabilità solo provando che l'inadempimento non le è imputabile.

Occorre sottolineare che, nell'economia della fattispecie, gioca un ruolo fondamentale la previsione di una responsabilità diretta della società controllante nei confronti dei soci della società controllata, a fronte di un danno, subito da questi ultimi, che può essere anche indiretto.

Tale è infatti il danno subito da quei soggetti quale conseguenza di quello direttamente cagionato dalla *holding* dirigente al patrimonio della società a lei assoggettata, subendo essi in tale ipotesi appunto un danno solo riflesso: la diminuzione del valore o della redditività della frazione di capitale della società eterodiretta di cui sono titolari.

Ne deriva, con riferimento alla posizione dei soci della controllata — che è quella che qui interessa —, un evidente rapporto di specialità della normativa in questione rispetto alla disciplina generale dell'art. 1223 c.c., ma anche rispetto a quella delle azioni esperibili dal socio in nome e per conto proprio nei confronti degli amministratori della società. Invero l'azione *ex art.* 2476, comma 6, c.c. e quella *ex art.* 2395 c.c., tutelano il socio dal danno direttamente provocato al suo patrimonio dai comportamenti degli amministratori, eventualmente in concorso con altri soci. Come tali e già solo per questo, quelle azioni non sono in grado di tutelare il socio rispetto al pregiudizio che il valore o la redditività della sua partecipazione abbia subito per effetto di uno o più atti di direzione e coordinamento illegittimamente compiuti dalla società dirigente e direttamente incidenti solo sul patrimonio sociale.

Premesso quanto sopra è possibile trattare del caso di specie.

Anzitutto parte convenuta BBA, a fronte della domanda risarcitoria rivolta anche nei suoi confronti dal socio attore, ha sollevato in via preliminare eccezione concernente il proprio difetto di legittimazione passiva, eccezione fondata sulla osservazione che la società eterodiretta è soggetto passivo e danneggiato dall'altrui illegittima attività di direzione e coordinamento, sicché prevederne una responsabilità verso i soci determinerebbe un doppio depauperamento del suo patrimonio, il primo per effetto della predetta attività, il secondo dovuto alla necessità di risarcire il danno ai soci.

L'eccezione è fondata.

L'art. 2497, comma 3, c.c. prevede: «Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento». Questa norma, a parere del Collegio, non sottende alcun tipo di responsabilità della società eterodiretta nei confronti dei suoi soci, in ipotesi per avere subito senza opporsi o senza opporsi efficacemente ad una diminuzione patrimoniale causata dall'altrui illegittima attività di direzione/coordinamento ed a sua volta causativa di una diminuzione del valore delle partecipazioni (diverso forse sarebbe se fosse dedotta una diminuzione della redditività delle partecipazioni, il che qui non è).

E ciò sia perché quelle condotte non sono ascrivibili alla società eterodiretta ma, semmai, ai suoi amministratori, contro i quali essa ben potrà rivalersi *ex artt.* 2393 e 2476 c.c., sia perché il danno riflesso subito dai soci trova origine proprio nel danno subito in prima battuta dalla società eterodiretta, sia soprattutto perché — almeno con riferimento al danno indirettamente provocato al valore della partecipazione — ai soci, proprio in quanto portatori di partecipazioni rappresentative di conferimento di capitale di rischio ed elementi costitutivi di un ente che gode di autonomia patrimoniale, non è mai consentito di chiedere all'ente ristoro per la diminuzione del valore della partecipazione che derivi dalla diminuzione del valore del patrimonio sociale. Ai soci è bensì consentito, al massimo, agire per conto della società nei confronti degli amministratori

per i danni che questi le abbiano arrecato (artt. 2393-bis, 2476 comma 3, c.c.) e per ottenerne il risarcimento in favore della società, mai invece l'azione risarcitoria diretta nei confronti della società.

Si deve aggiungere che l'ipotesi di un diritto al risarcimento dei soci della società eterodiretta nei confronti della medesima finirebbe anche per contrastare con il principio di postergazione delle ragioni dei soci rispetto a quelle dei creditori sociali, risolvendosi in forme incontrollate di restituzione (almeno parziale) di conferimenti prima che siano estinti tutti i debiti sociali verso i terzi. Dunque la norma deve essere interpretata semplicemente in senso letterale: un onere di richiesta di soddisfazione, posto in capo al socio (e al creditore), che ben può essere assolto anche citando in giudizio la società controllata in chiave di *denuntiatio litis* volta a stimolarla all'azione verso la controllante, verso gli amministratori di quella e verso i propri amministratori; la mancata soddisfazione consente loro di agire verso la *holding* senza che sia previsto in alcun modo che essi debbano (né che possano) agire previamente verso la loro società o, addirittura, escuterla infruttuosamente; la previa intervenuta soddisfazione dei soci danneggiati da parte della loro società preclude loro la possibilità di agire verso la *holding*. E ciò è del tutto conforme ai principi generali, se si considera che i soci indirettamente lesi ben potranno essere indirettamente soddisfatti (eventualmente anche) attraverso appropriate iniezioni patrimoniali e/o finanziarie dalla controllante alla controllata che ripristinino valore e la redditività delle loro partecipazioni al livello *ante* atto lesivo e consentano di ristorarli dei danni subiti *medio tempore*. Ciò significa che non è previsto a favore della *holding* e rispetto alla società soggetta alla sua direzione, alcun *beneficium excussionis* nel senso proprio del termine — in realtà, come si è detto, i soci della controllata non hanno azione verso la loro società —, né di alcun *beneficium ordinis* — in realtà, come si è detto, la società controllata, rispetto ai suoi soci, non è un debitore che si pone accanto alla *holding* —, ma solo la possibilità di inibire l'azione dei soci qualora, prima della sua proposizione o durante il suo corso, essa attui, agendo verso la controllata, quelle misure che consentono la soddisfazione dei soci della controllata stessa.

Del resto, previsioni del genere troverebbero ostacolo — oltre che nella ridetta carenza di azione dei soci verso la loro società a titolo di concorso con la *holding* nella causazione del danno al valore della loro partecipazione —, sia nell'evidente distonia rispetto ad una *ratio legis* intesa ad una intensa, pronta ed effettiva tutela delle ragioni dei soci della società etrodiretta, sia nel principio di ragionevole durata del processo.

Per converso, come detto, è anche evidente che la disposizione di cui all'art. 2497, comma 3, c.c. prevede la possibilità di una previa sollecitazione da parte dei soci alla società etero diretta finalizzata a che essa ottenga dalla società dirigente i mezzi per risarcire il danno che essa abbia indirettamente provocato al valore delle loro partecipazioni, rimanendo escluso che tali mezzi possano provenire dal patrimonio della stessa società eterodiretta.

Soltanto quando, a seguito di tale sollecitazione (o per spontanea iniziativa della *holding*), i soci abbiano ottenuto soddisfazione prima o nel corso dell'azione, essi perderanno interesse ad agire nei confronti della *holding*.

Rimane perciò escluso che la sollecitazione di cui si tratta sia identificabile come condizione di procedibilità dell'azione verso la società dirigente.

Tutto ciò, tuttavia, significa anche che i soci della controllata ben possono chiamare in giudizio la loro società in chiave di *denuntiatio litis* per consentirle di partecipare al giudizio e di prendere posizione rispetto alle domande rivolte alla *holding* e per stimolarla a richiedere alla stessa ed agli altri partecipi al fatto lesivo il risarcimento del danno subito per effetto dell'illegittima attività di direzione/coordinamento, affinché si

creino i presupposti per l'adozione delle misure che potrebbero soddisfarli. In conclusione, il socio della società controllata non può proporre nei confronti di quella un'azione *ex art. 2497 c.c.* volta ad ottenere dalla medesima il risarcimento del danno che egli abbia indirettamente subito al valore della sua partecipazione come riflesso di un danno provocato al patrimonio sociale dall'illegittimo esercizio dell'attività di direzione/coordinamento da parte della società controllante. Tuttavia, nel contempo, non pare potersi dubitare della possibilità che la società eterodiretta partecipi, nella veste che meglio ritenga di assumere, al giudizio promosso dai suoi soci nei confronti della società dirigente.

(*Omissis*)

III

(*Omissis*)

Con atto di citazione notificato il 9-10 marzo 2010 (che si richiama *per relationem*) la Ed. S.r.l., titolare del 50% delle quote di Gr. S.r.l., ha proposto nei confronti dell'amministratore unico di tale società, E. O. S., e dei componenti del collegio sindacale, To. Z., C. Bl. e Fa. Fa., un'azione sociale di responsabilità *ex art. 2476 c.c.*

Con il medesimo atto l'attrice ha proposto anche un'azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* nei confronti della S. S.r.l., individuata quale società esercitante la direzione ed il coordinamento di un gruppo societario inglobante l'attrice e, in via subordinata, nei confronti di E. O. S. e di Gi. S., quali persone fisiche esercitanti il controllo sul gruppo societario. I convenuti E. O. S., Gi. S. e la S. S.r.l. si sono costituiti in giudizio con comparsa depositata il 4 giugno 2010 (che si richiama *per relationem*) ed hanno contestato nel merito le azioni dell'attrice, eccependo in via preliminare l'operatività della clausola compromissoria contenuta nello statuto della Gr. S.r.l. per le azioni di responsabilità *ex art. 2476 c.c.* e il difetto di contraddittorio per la mancata evocazione in giudizio della società stessa. I convenuti, inoltre, previa autorizzazione giudiziale, hanno chiamato in causa Fa. Ce., quale componente dell'organo amministrativo della Gr. S.r.l. fino al 2007, proponendo nei suoi confronti un'azione di manleva subordinata all'accoglimento della domanda *ex art. 2476 c.c.* Il convenuto Bl. si è costituito in giudizio con comparsa depositata il 1° giugno 2010 (che si richiama *per relationem*) ed ha contestato nel merito le domande proposte nei suoi confronti. Il convenuto, inoltre, previa autorizzazione giudiziale, ha provveduto alla chiamata in causa di Fa. Ce., proponendo nei suoi confronti e nei confronti dell'attore E. O. S. un'azione di manleva subordinata all'accoglimento della domanda dell'attrice *ex art. 2476 c.c.*, nonché alla chiamata in causa di Du. It. S.p.a e della Aurora Assicurazioni S.p.a., proponendo nei loro confronti una domanda di manleva fondata sulle polizze per la responsabilità professionale stipulate con dette società. Si sono costituiti in giudizio anche i convenuti To. Z. e Fa. Fa. con comparsa depositata il 1° giugno 2010 (che si richiama *per relationem*) ed hanno contestato nel merito la domanda proposta nei loro confronti, formulando anche in via riconvenzionale una domanda di risarcimento danni *ex art. 96 c.p.c.* Il convenuto Z., inoltre, previa autorizzazione giudiziale ha provveduto alla chiamata in causa della LLOYD'S proponendo nei suoi confronti una domanda di manleva fondata sulla polizza per la responsabilità professionale stipulata con detta società, mentre il convenuto Fa., previa autorizzazione giudiziale, ha provveduto alla chiamata in causa della A. Insurance Company Ltd proponendo nei suoi confronti una domanda di manleva fondata sulla polizza per la responsabilità professionale stipulata con detta società. Entrambi i convenuti, poi, previa autorizzazione giudiziale, hanno provveduto alla chiamata in causa di Fa. Ce., proponendo nei suoi confronti e nei

confronti dell'attore E. O. S. un'azione di manleva subordinata all'accoglimento della domanda dell'attrice *ex art. 2476 c.c.* Si è costituita la chiamata Du. It. S.p.a con comparsa depositata il 23 novembre 2010 (che si richiama *per relationem*) ed ha eccepito in via preliminare il proprio difetto di legittimazione passiva per non aver assunto alcun rischio assicurativo nei confronti del convenuto Bl. Si è costituita la chiamata A. Insurance Ltd con comparsa depositata il 23 novembre 2010 (che si richiama *per relationem*) ed ha eccepito in via preliminare l'inoperatività delle polizze azionate dai convenuti Bl. e Fa., mentre nel merito ha contestato la fondatezza delle domande proposte nei loro confronti.

Si è costituita in giudizio la chiamata Lloyd's con comparsa depositata il 25 novembre 2000 (che si richiama *per relationem*) ed ha eccepito in via preliminare l'inoperatività della polizza azionata dal convenuto Z., mentre nel merito ha contestato la fondatezza delle domande proposte nei suoi confronti.

Si è costituita in giudizio la chiamata U. Assicurazioni (quale società incorporante la Aurora Assicurazioni) con comparsa depositata il 24 novembre 2000 (che si richiama *per relationem*) ed ha eccepito in via preliminare l'inoperatività della polizza azionata dal convenuto Bl., mentre nel merito ha contestato la fondatezza delle domande proposte nei suoi confronti.

In sede di prima udienza di trattazione le parti hanno dedotto il sopravvenuto fallimento della Gr. S.r.l., dichiarato con sentenza del 30 giugno 2010.

Quindi la causa è stata rinviata direttamente per la precisazione delle conclusioni e la decisione.

In particolare all'udienza del 10 marzo 2011 le parti hanno precisato le conclusioni nei termini di cui in epigrafe, confermando sostanzialmente le conclusioni formulate nei rispettivi atti introduttivi.

Orbene, l'azione sociale di responsabilità esercitata dall'attrice ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c. deve essere dichiarata inammissibile per sopravvenuto difetto di legittimazione attiva, in conseguenza del fallimento della Gr. S.r.l. Al riguardo, infatti, si condivide l'orientamento giurisprudenziale, ormai prevalente, secondo cui, anche in caso di fallimento della società a responsabilità limitata, la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione *ex art. 2394 c.c.* spetta esclusivamente al curatore, pur in difetto del richiamo dell'art. 2394 *bis* c.c. da parte dell'art. 2463 c.c., e ciò in conseguenza del disposto dell'art. 146 l. fall., pacificamente applicabile anche alle società a responsabilità limitata (anche tenuto conto dell'esplicito richiamo all'art. 2476 c.c. ivi contenuto). In particolare, "in tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, la riforma societaria di cui al d.lg. n. 6 del 2003, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c., agli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., e cioè alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita, all'esercizio della predetta azione ai sensi dell'art. 146 l. fall., in quanto per tale disposizione, riformulata dall'art. 130 del d.lg. n. 5 del 2006, tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l'interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c." (v. Cass. n. 17121/10). Più precisamente, tale statuizione può essere pronunciata, anche in difetto dell'integrazione del contraddittorio nei confronti della Gr. S.r.l. Al riguardo, infatti, pur condividendosi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la società è litisconsorte necessario nella causa avente ad oggetto l'azione sociale di responsabilità

esercitata dal socio ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c. (come espressamente previsto nell'ipotesi, analoga, disciplinata dall'art. 2393-bis c.c., vertendosi in un'ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire, cumulativa e non privativa della legittimazione spettante al titolare del diritto), va osservato che l'integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario presuppone pur sempre la valida instaurazione del rapporto processuale da parte un soggetto legittimato ad agire, sicché, ove questa manchi, diviene superflua l'integrazione stessa. Tale soluzione, del resto, risponde ad obiettive esigenze di economia processuale. Per effetto della statuizione in esame devono ritenersi definiti il rapporto processuale tra l'attrice e il convenuto E. O. S. (limitatamente all'azione *ex* art. 2476 c.c.), nonché il rapporto tra l'attrice e i convenuti Z., Bl., Fa. ed infine i rapporti instauratisi tra i convenuti ed i chiamati in causa (posto che la pronuncia di inammissibilità della domanda principale preclude l'esame di tutte le domande subordinate di manleva). Quindi, vanno regolate le conseguenti spese di lite. Al riguardo si giudica che sussistano giusti motivi per disporre la compensazione integrale tenuto conto del fatto che:

a) l'esclusione della legittimazione attiva è riconducibile ad un evento sopravvenuto all'instaurazione e non prevedibile;

b) l'arresto del processo nella sua fase iniziale preclude qualsiasi prognosi virtuale sulla fondatezza o meno delle domande.

Per ciò che concerne, invece, l'azione *ex* art. 2497 c.c. (che vede quali unici legittimati passivi la S. S.r.l., E. O. S. e Gi. S.), va osservato che: a) il secondo ed il terzo comma della disposizione devono essere interpretati in chiave sistematica e conforme all'art. 3 della Costituzione, per evitare di pervenire a conclusioni paradossali o inique; b) in particolare, tali disposizioni hanno previsto espressamente la legittimazione del socio della società controllata a proporre nei confronti della società controllante (e dei suoi amministratori, in base al secondo comma) l'azione diretta a far valere il pregiudizio (indiretto) derivato alla propria partecipazione, invece preclusa dal sistema ricavabile dagli artt. 2392 e ss., e in particolare, dall'art. 2395 c.c. nei confronti degli amministratori della società controllata (e a maggior ragione nei confronti della società stessa); c) il limite previsto dall'art. 2395 c.c. (e quindi l'impossibilità di esperire nei confronti della propria società e dei suoi amministratori l'azione diretta a far valere il pregiudizio indiretto al valore della propria partecipazione) deve ritenersi operante anche nei gruppi di società, poiché in caso contrario si porrebbe ad un'irragionevole disparità di trattamento tra i soci di società monadi ed i soci di società appartenenti a gruppi; d) senza considerare, poi, che l'estensione dell'azione in esame nei confronti della società controllata condurrebbe al risultato paradossale di danneggiare comunque il socio-attore vittorioso, la cui partecipazione sicuramente subirebbe il pregiudizio della diminuzione patrimoniale conseguente all'esborso della società controllata soccombente; e) d'altra parte, l'articolo in esame non prevede espressamente la legittimazione passiva della società controllata e dei suoi amministratori rispetto all'azione finalizzata a far valere il suddetto pregiudizio indiretto, prevista invece solo nei confronti della società controllante; f) anche il terzo comma (nella parte in cui stabilisce che l'azione nei confronti della controllante può essere esercitata solo se i soci "non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento") non prevede la legittimazione passiva della società controllata rispetto all'azione del socio e, cioè, non prevede un obbligo della società controllata di far fronte alla pretesa del socio, ma semplicemente una sua facoltà, rispondente alle esigenze dell'economia del gruppo, ferma restando la necessità di evitare, attraverso questa soluzione, aggiramenti della regola della postergazione dei crediti del socio o gli effetti paradossali su indicati (il che presuppone che, nella maggior parte dei casi, la provvista per la soddisfazione della

pretesa del socio sia conferita alla società controllata direttamente dalla controllante o che la società controllata agisca poi in surrogazione nei confronti della società controllante); *g*) in quest'ottica si comprende l'affermazione, contenuta nella relazione al D.L.vo n. 5/03, che giustifica la previsione in esame con la necessità di assicurare alla società controllata un "margine di iniziativa", rendendo lecita (nei limiti su indicati) una facoltà, il cui esercizio sarebbe stato sempre foriero di responsabilità per gli amministratori della società controllata; *h*) né la lettera di questa disposizione prevede un onere di iniziativa preliminare del socio nei confronti della società controllata, a differenza invece di quanto previsto ad esempio dall'art. 2304 c.c., limitandosi ad escludere l'azione nei confronti della controllante ove la soddisfazione della pretesa avvenga ad opera della controllata (nell'esercizio del diritto su indicato); *i*) pertanto, non sono condivisibili le tesi dottrinarie e giurisprudenziali che affermano la sussistenza di una legittimazione solidale passiva (sussidiaria o meno) della società controllata, con configurazione di un *beneficium ordinis* o di un *beneficium excussionis*; *l*) quindi, l'azione proposta dall'attrice deve ritenersi procedibile, pur in difetto di un'iniziativa preliminare nei confronti della Gr.; *m*) peraltro, quand'anche si aderisse alla tesi della legittimazione passiva solidale della società controllata, si perverrebbe alla stessa conclusione, apparendo preferibile, in questa ipotesi subordinata, la tesi (sostenuta ad esempio dalla giurisprudenza di merito invocata dall'attrice), secondo cui la disposizione in esame si limiterebbe a prevedere una condizione dell'azione esecutiva e non anche dell'azione di cognizione, analogamente a quanto previsto dall'art. 2304 c.c., in quanto rispondente all'esigenza di non limitare eccessivamente il diritto di azione del socio a fronte di un dettato normativo privo di riferimenti espressi all'onere di iniziativa giudiziaria preventiva nei confronti della società; *n*) né la legittimazione dell'attrice all'esercizio dell'azione in esame può essere esclusa in conseguenza del fallimento della società controllata, in quanto l'ultimo comma dell'art. 2497 si è limitato a prevedere il trasferimento al curatore dell'azione dei creditori nei confronti della società controllante (la cui previsione ad opera del terzo comma è riconducibile ad un'estensione soggettiva dell'azione *ex art. 2394 c.c.*), ma non anche dell'azione spettante ai soci. Tenuto conto di tali rilievi va quindi affermata la sussistenza della legittimazione dell'attrice all'esercizio dell'azione *ex art. 2497 c.c.* (nei confronti della S. S.r.l., E. O. S. e Gi. S.) e la proponibilità della relativa domanda. La causa va quindi rimessa sul ruolo per l'ulteriore trattazione di questa azione, posto che è stata rimessa in decisione prima ancora del completamento delle attività previste dall'art. 183 c.p.c.

P.Q.M.

non definitivamente pronunciando:

1. dichiara l'inammissibilità della domanda *ex art. 2476 c.c.* proposta dall'attrice nei confronti di E. O. S., To. Z., C. Bl. e Fa. Fa.;

2. dispone la compensazione integrale delle spese di lite nei rapporti tra l'attrice ed il convenuto E. O. S. (limitatamente all'azione *ex art. 2476 c.c.*), nonché tra l'attrice e To. Z., C. Bl. e Fa. Fa., nonché tra i convenuti e i chiamati in causa Fa. Ce., Du. It. S.p.a., U. Assicurazioni S.p.a., A. Insurance Ltd e Lloyd's S.p.a.;

3. dichiara la sussistenza della legittimazione dell'attrice all'esercizio dell'azione *ex art. 2497 c.c.* (nei confronti della S. S.r.l., E. O. S. e Gi. S.) e la proponibilità della relativa domanda;

4. rimette sul ruolo la causa avente ad oggetto l'azione di cui alla statuizione n. 3, come da separata ordinanza.

(¹⁻⁶) **La responsabilità da eterodirezione abusiva della capogruppo. Natura contrattuale o aquiliana? Eventuale carattere sussidiario?**

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La natura della responsabilità della *holding*. — 3. L'esistenza di un rapporto fra soggetti determinati o determinabili. — 4. La correttezza come criterio a cui conformare l'eterodirezione. — 5. *Segue*. — 6. La struttura della fattispecie di cui all'art. 2497¹, c.c. — 7. L'interesse oggetto di protezione *ex art.* 2497¹, c.c. — 8. Le indicazioni ricavabili dalla funzione dell'art. 2497¹, c.c. — 9. Le indicazioni provenienti dalla disciplina del recesso nel gruppo. — 10. L'interpretazione orientata alle conseguenze dell'art. 2497¹, c.c. — 11. I connotati positivi della responsabilità da eterodirezione abusiva. — 12. Qualche spunto sul carattere diretto della responsabilità. — 13. Qualche ulteriore spunto in favore della ricostruzione di un rapporto (e dunque anche di una responsabilità) diretto/a ricavabile dal diritto dell'impresa. — 14. La posizione della società eterodiretta. — 15. Conclusioni.

1. *Il caso*. — Le sentenze in commento hanno affrontato alcune questioni relative alla responsabilità per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento disciplinata dall'art. 2497 c.c.

Il caso concreto oggetto della prima pronuncia è molto semplice: due soci di minoranza della Cpc s.p.a. proponevano l'azione di responsabilità *ex art.* 2497 c.c. contro la Coimprendil s.p.a., *holding* del gruppo omonimo di cui faceva parte la stessa società danneggiata, per ottenere il risarcimento del danno consistente nel minor valore e nella perdita di redditività delle loro azioni. In particolare gli attori affermavano che la liquidità conseguita con l'operazione di *lease-back* compiuta dalla società cui partecipavano, non era stata destinata allo sviluppo di quest'ultima ma era, piuttosto, servita a finanziare il progetto immobiliare del gruppo Coimprendil nel suo complesso, con notevole impoverimento della prima, i cui ultimi bilanci avevano registrato una perdita di euro 1.600.000, tale da necessitare l'obbligo della convocazione dell'assemblea per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2447 c.c.

Analoghe sono le controversie oggetto delle altre due sentenze, occupatesi anch'esse dell'azione risarcitoria proposta contro la capogruppo.

Nel proprio *iter* argomentativo i tribunali si sono pronunciati,

— sulla natura, contrattuale o extracontrattuale, della responsabilità diretta della capogruppo verso i soci e i creditori della dominata *ex art.* 2497¹, c.c., pervenendo peraltro, a conclusioni opposte;

— sull'interpretazione da attribuire al 3 co., dell'art. 2497 c.c. Anche su tale questione, le pronunce pervengono a conclusioni diverse. Mentre il tribunale di Palermo afferma il principio di diritto secondo cui la norma non impone l'onere di preventiva escussione del patrimonio della società soggetta sin dal giudizio di cognizione quale vera e propria condizione dell'azione, bensì solo nella fase di esecuzione dell'eventuale sentenza di condanna; le altre due sentenze respingono tale tesi.

2. *La natura della responsabilità della holding*. — La natura della responsabilità da eterodirezione abusiva rimane una delle questioni maggiormente discusse dalla giurisprudenza teorica e pratica.

Indubbiamente, la disputa risulta difficilmente risolvibile, stante la mancanza di indicazioni decisive nella lettera dell'art. 2497¹, c.c., che sembra potersi adattare

altrettanto bene ad entrambe le ricostruzioni ⁽¹⁾. Come notato da un attento civilista, tale norma paga in termini di coerenza interna il compromesso di cui è frutto, lasciando

⁽¹⁾ Per un'approfondita indagine in ordine alle differenze in ordine all'onere della prova in caso di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, proprio in relazione all'art. 2497, c.c., v. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2007, 87 ss. Parte della dottrina ha criticato l'enfasi posta sulle presunte agevolazioni probatorie, conseguenti alla qualificazione della responsabilità da eterodirezione come contrattuale. Ciò in quanto l'obbligazione di esercitare correttamente la stessa avrebbe per oggetto non un risultato ma un'attività (c.d. obbligazione di mezzi). A fronte di tali obbligazioni, il danneggiato dovrebbe comunque provare la colpa del debitore, non in quanto criterio di imputabilità, ma perché espressione della violazione della diligenza, che è canone di adempimento dell'attività. In altre parole, poiché oggetto dell'obbligazione è l'agire diligente (secondo i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale), è evidente che il danneggiato, per provare l'inadempimento, deve provare anche la colpa (A. DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del "Foro italiano", 1985, 478; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 1990, 606; in riferimento alla responsabilità da abuso di direzione unitaria ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, 1098; ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*, in *Fallimento*, 2001, 1161). La conclusione pare, tuttavia, opinabile. Innanzitutto in quanto parte della dottrina nega che la colpa rivesta qualsiasi rilievo nella responsabilità contrattuale (c.d. tesi oggettiva della responsabilità contrattuale, condivisa da A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993, 180, secondo il quale «il limite della responsabilità non è la diligenza, intesa come assenza di colpa, ma la «possibilità» (e/o esigibilità) della prestazione; MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 190 ss. e 300 ss.; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1987, 134 ss.; tutti sulla scorta dell'insegnamento di OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1973, 1 ss.). Inoltre, anche se si avvicina il concetto di inadempimento alla colpa (intendendo il primo come contegno non conforme ad un modello astratto di comportamento [cfr. gli autori citati in MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2003, 115 nt. 67 e 74 fra i quali VISINTINI, BRECCIA] e la seconda come contegno difforme da una regola di comportamento), tuttavia il danneggiato in sede contrattuale ha il vantaggio consistente nel fatto che il vincolo obbligatorio fornisce di per sé gli elementi per individuare il modello astratto di contegno diligente (F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, Giuffrè, 1993, 124). La differenza probatoria fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale deriva da una diversità strutturale: in quest'ultima la colpa è strumento di collegamento e imputazione, di individuazione del responsabile oltre che di valutazione della condotta; nella prima non è necessaria la prova del collegamento della responsabilità al debitore perché a tal fine è già sufficiente l'obbligo, i cui soggetti attivi e passivi devono essere — per definizione — determinati. La colpa quindi è soltanto criterio di valutazione della condotta. Essa nella responsabilità contrattuale è elemento integrato nell'inadempimento, non criterio soggettivo che si aggiunge a quello oggettivo per fondare la responsabilità. Cfr. anche Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, la quale afferma che in caso di responsabilità ex 1218, c.c. è sufficiente provare la fonte legale o negoziale del diritto, gravando sul convenuto l'onere di provare l'adempimento; App. Milano, 11 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 2099. A parte il ruolo della colpa, si afferma anche che in caso di responsabilità da inadempimento non sarebbe necessario provare il nesso di causalità (v. in questo senso, sempre con riferimento alla responsabilità del gruppo, PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, II, 2, Torino, Utet, 1991, 626, il quale ritiene di poter sollevare il convenuto dall'onere di provare il nesso di causalità fra direttive e danno subito in caso di responsabilità contrattuale, opinione che ha ricevuto l'avallo di Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Dir. giust.*, 2008, la quale precisa che il fatto che il responsabile sia il contraente inadempiente "è uno dei motivi per cui la stessa giurisprudenza

trapelare indici testuali discordanti, perché capaci di avallare ora una lettura extracontrattualistica, ora, al contrario, una lettura contrattualistica ⁽²⁾.

A sostegno della natura extracontrattuale della responsabilità della *holding* viene invocata l'indicazione proveniente dalla Relazione di accompagnamento, che dichiara: "la responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fondamentalmente di stampo aquiliano". Si tratta, tuttavia, di un dato che non assume, di per sé, carattere ermeneutico vincolante, in quanto facente parte dei lavori preparatori ⁽³⁾.

I sostenitori di tale tesi ritengono, inoltre, che la norma dell'art. 2497¹, c.c. ricalchi lo schema dell'art. 2043 c.c. Si afferma, infatti, che la disposizione in esame specifica, in primo luogo, l'estremo del "fatto colposo" imputabile alla capogruppo, che qui consiste nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; ed identifica, quindi, il "danno ingiusto" cagionato ai soci o ai creditori della controllata ⁽⁴⁾. La

di legittimità partendo dall'ovvio presupposto di non dover identificare il soggetto responsabile del fatto dannoso tramite il criterio di imputazione oggettivo del nesso eziologico, si è limitata a dettare, in caso di applicazione dell'art. 1218 c.c., una serie di soluzioni pratiche, caso per caso, senza dover optare per una precisa scelta di campo". Un'ulteriore sicura diversità di disciplina si ha in ordine al danno risarcibile, posto che in caso di illecito l'autore è tenuto a risarcire tutti i danni, mentre in caso di inadempimento non dovuto a dolo sono risarcibili solo i danni prevedibili (art. 1225, c.c.). Ancora diversi sono i termini di prescrizione, poiché l'azione ex art. 2043 c.c. si prescrive in cinque anni. In merito alla responsabilità da eterodirezione abusiva nega l'assimilazione sotto il profilo applicativo dell'illecito aquiliano e dell'inadempimento MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2010, 362, nt. 161.

⁽²⁾ MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine fra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2006, 1491 ss., ove anche puntuali riferimenti agli elementi a favore dell'una e dell'altra tesi.

⁽³⁾ Il riferimento alla relazione è ripreso anche dalla sentenza in commento. Afferma CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1244, che qui "l'argomento psicologico non può essere fruttuosamente utilizzato, in quanto nell'iter di formazione dell'art. 2497 c.c. hanno preso parte portatori di opinioni diverse in punto di natura della responsabilità della capogruppo: soggetti che sono pervenuti a una "soluzione di compromesso non già sulla norma bensì sulla formula, cioè sull'enunciato normativo, proprio in grazia della sua interpretabilità aperta in sensi diversi e confliggenti" (il virgolettato richiamato dall'autore citato è di TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 367). In merito alla rilevanza dei lavori preparatori in generale si afferma che "l'interprete non può ritenersi vincolato a cercare un significato conforme alla volontà politica di cui la norma è storicamente un prodotto. La legge, una volta approvata, si stacca dall'organo che l'ha prodotta, non viene più in rilievo come decisione legata alle ragioni ed ai fini di chi l'ha voluta ma come un testo legislativo inserito nell'insieme dell'ordinamento giuridico...L'idea sottostante è che i lavori preparatori riflettano non l'oggettiva volontà della legge ma solo i soggettivi intendimenti del legislatore" (DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Utet, 1999, 151. Conf. COLUSSI-ZATTI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, Cedam, 2005, 22; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni, Milano, Giuffrè, 1998, 151).

⁽⁴⁾ Cfr. in tal senso da ultimo SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. impr.*, 2009, 815 ss. il quale aggiunge che al comma 2 l'art. 2497 c.c. definisce la condotta generatrice della responsabilità "fatto lesivo", utilizzando una terminologia tipica dell'illecito extracontrattuale. L'affermazione, però, non sembra esatta: fatto lesivo o fatto dannoso sono espressioni utilizzate dalla legge anche per indicare l'inadempimento contrattuale per es. all'art. 1700, co. 2, c.c. Inoltre è pacifico che nell'espressione "fatto dannoso" utilizzata dall'art. 2055 c.c. rientri anche l'inadempimento di un'obbligazione. Conf. con il primo autore GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 2002, 1037; ID., *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497-2497-septies*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano,

regola di comportamento prevista in relazione all'attività di direzione e coordinamento costituirebbe il criterio — introdotto *ex novo* dalla norma in esame — cui ancorare l'accertamento dell'ingiustizia del danno, nella misura in cui tale *standard* si palesa idoneo a qualificare l'interesse del danneggiato come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento ⁽⁵⁾.

Tale ricostruzione è accolta anche dalla sentenza in commento, la quale afferma che lo schema di responsabilità ricorrente nell'art. 2497¹, c.c. è “quello colposo nascente dalla violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede imprenditoriali, tali da configurare una forma di “abuso” derivante dall'esercizio del potere di direttiva e di istruzione”.

Nel prosieguo si analizzeranno i caratteri della fattispecie di cui al 1° co., dell'art. 2497 c.c., utilizzando le tesi formulate dalla dottrina civilistica in merito alla distinzione generale fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ⁽⁶⁾.

3. *L'esistenza di un rapporto fra soggetti determinati o determinabili.* — In primo luogo, occorre precisare che l'art. 2497¹, c.c. prevede la risarcibilità di un danno meramente patrimoniale ⁽⁷⁾. Tale è certamente quello patito dai soci della eterodiretta,

Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del “Foro italiano”, 2005, 123; CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2003, 290; A. PATTI, sub art. 2497, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, 2003, 249 ss.; S. PATTI, “Direzione e coordinamento di società”: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo, in *N. giur. civ. comm.*, 2003, 357 ss., a parere del quale, però, la responsabilità *ex art.* 2497 c.c., “pur configurando una fattispecie di responsabilità extracontrattuale” non ricalcherebbe “lo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 cod. civ.”. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 1960; Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78. Per citazioni relative ad opinioni che sostengono la natura contrattuale della responsabilità della capogruppo si rinvia a BENEDETTI, *La responsabilità “aggiuntiva” ex art. 2497, 2 co., c.c.*, Milano, Giuffrè, 2012, cap. I; da ultimo Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, 258 ss.

⁽⁵⁾ Nel ricostruire il pensiero dei sostenitori della natura aquiliana della responsabilità della capogruppo, cogliamo lo spunto di PINTO, *La responsabilità degli amministratori per “danno diretto” agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, 2, Torino, Utet, 2006), 919, il quale propone una costruzione analoga in relazione alla responsabilità prevista dall'art. 2395, c.c. L'art. 2497¹, c.c., pur contemplando una responsabilità riconducibile all'art. 2043, c.c., esplicherebbe la funzione di “eterointegrazione”, che secondo la dottrina serve a dare contenuto alla clausola generale dell'ingiustizia del danno (SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1227). La responsabilità per eterodirezione abusiva costituirebbe, pertanto, una forma speciale di responsabilità extracontrattuale, discendendo non già dall'inosservanza di un dovere generico, ma dalla violazione di regole poste specificamente a carico di un soggetto ed a tutela di altri. Lo spunto è tratto, ancora, dalla riflessione di PINTO, cit., 920, nt. 55, il quale richiama l'analoga opinione di DE MARTINI, *Legittimazione dei creditori all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, 554 ss.

⁽⁶⁾ Naturalmente la questione non può essere adeguatamente approfondita nello spazio di una nota a sentenza, per cui ci si limita di seguito a fornire delle indicazioni essenziali, rinviando per maggiori approfondimenti a BENEDETTI, (nt. 4), cap. I.

⁽⁷⁾ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, 155; MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 376 ss., ove un'ampia disamina delle caratteristiche del danno rispettivamente dei soci e dei creditori della eterodiretta; in questa *Rivista* MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497³ c.c.)*, 2006, I, 188. Il concetto di danno meramente patrimoniale non ha una definizione compiuta. L'opinione prevalente ritiene che si abbia tale tipo di danno in assenza di una lesione (A. DI MAJO, (nt. 1), 199). Fra tutti i danni

dato che “la partecipazione sociale si compone di una gamma di situazioni soggettive tra le quali non figura però un diritto agli utili o alla conservazione del valore attuale della partecipazione medesima” ⁽⁸⁾. Sicché il pregiudizio che incide su tali entità consiste in una mera diminuzione patrimoniale non mediata dalla lesione di una qualche posizione sostanziale. Ma lo stesso deve affermarsi anche in relazione al pregiudizio per i creditori, il quale, sebbene non del tutto avulso dalla lesione di una situazione soggettiva (*id est* il diritto di credito), presenta una “predominante valenza di tipo economicistico” ⁽⁹⁾.

In una recente riflessione ⁽¹⁰⁾ si è constatato che la tutela risarcitoria contro tale tipo di danno viene sempre concessa qualora il comportamento del danneggiante sia difforme da un modello di contegno dovuto. Quest’ultimo può corrispondere sia al contenuto di un’obbligazione, all’inadempimento della quale consegue una responsabilità contrattuale; sia ad un dovere di comportamento, alla violazione del quale corrisponde un fatto illecito ⁽¹¹⁾.

Non fa eccezione la fattispecie in esame, nella quale l’obbligo risarcitorio deriva non dall’esercizio di un’attività di direzione e coordinamento *tout court* ⁽¹²⁾, ma dall’inosservanza dello *standard* di contegno delineato dal legislatore (*id est*, i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale).

La questione centrale — ai nostri fini — è allora quella di stabilire se tale *standard* debba essere qualificato come semplice dovere, oppure integri gli estremi dell’obbligo ⁽¹³⁾.

Posto che da ogni norma giuridica “derivano direttive... tematizzabili tutte sotto il termine dovere” ⁽¹⁴⁾ e che tale categoria giuridica è più ampia di quella dell’obbligo,

patrimoniali, le pure perdite patrimoniali possono dirsi caratterizzate dal fatto che la diminuzione del valore del patrimonio (il danno cioè consiste in una diminuzione del valore economico complessivo del patrimonio, quindi in un impoverimento del danneggiato) ha luogo senza che un bene materiale sia stato distrutto o deteriorato e senza che il soggetto danneggiato abbia patito un danno alla persona (cfr. da ultimo, MAGGIOLO, (nt. 1), 2; A. DI MAJO, (nt. 1), 198, parla invece di assenza della lesione di un bene giuridicamente tutelato, in quanto oggetto di un diritto). Da ultimo v. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 316, che parla di “danno allo stato puro, non più conseguenza della lesione di una situazione giuridica rilevante, ma perdita economica pura e semplice, che come tale si candida al risarcimento”.

⁽⁸⁾ MAZZAMUTO, (nt. 7), 378.

⁽⁹⁾ MAZZAMUTO, (nt. 7), 378 ss., il quale rispetto al danno dei creditori parla di danno meramente patrimoniale per funzione e non per già per struttura oggettiva (in quanto intacca il diritto di credito); ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 1, 121 ss.

⁽¹⁰⁾ MAGGIOLO, (nt. 1), 226.

⁽¹¹⁾ E. RUSSO, *Adempimento del dovere e adempimento dell’obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 737; MAGGIOLO, (nt. 1), 226; CASTRONOVO, (nt. 7), 457.

⁽¹²⁾ Attività considerata, anzi, nel nostro ordinamento perfettamente lecita non solo alla luce della disciplina del nuovo Capo IX, ma già in base ai dati normativi antecedenti alla riforma. Da ultimo Trib. Milano, 2085/2012, ined.; SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell’attività di direzione e coordinamento*, in *Contr impr.*, 2011, 369, che richiama anche quanto affermato al riguardo dalla relazione al decreto legislativo 6/2003 (§ 13).

⁽¹³⁾ Per la distinzione fra obblighi e doveri come criterio sul quale fondare la ripartizione delle fattispecie di danno tra responsabilità contrattuale e aquiliana, v. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, 105; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1956, 361; CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 342; ID., (nt. 3), 1245, nt. 44.

⁽¹⁴⁾ ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990, 28 ss.

l'esistenza di quest'ultimo può essere accertata quando la norma si individualizza, ponendo a carico di un soggetto una prestazione a vantaggio di una controparte, anch'essa determinata o determinabile ⁽¹⁵⁾.

Ciò premesso, la soluzione preferibile pare essere quella che individua nella norma in esame la fonte di un obbligo, in quanto la regola relativa all'attività di eterodirezione ha dei beneficiari "immediatamente determinati *uti singuli* o quanto meno determinabili *ex ante*" ⁽¹⁶⁾, sulla base di criteri fissati con chiarezza fin dall'origine. Infatti, tali debbono essere considerati i soci di minoranza e i creditori, che risultano identificabili (*a priori*) in base alla relazione giuridica (sociale o creditoria) ⁽¹⁷⁾ con la società eterodiretta.

4. *La correttezza come criterio a cui conformare l'eterodirezione.* — Un'altra indicazione contraria alla configurazione come aquiliana della responsabilità in esame è fornita dallo stesso contenuto dello *standard* legale, che disciplina l'attività di direzione e coordinamento: la correttezza societaria e imprenditoriale.

La clausola generale di correttezza, infatti, è stata considerata come "concetto coesistente alla dimensione cooperativa propria dei rapporti obbligatori" ⁽¹⁸⁾.

La giurisprudenza, d'altronde, nell'applicare la buona fede e la correttezza come forme di tutela di interessi individuali che entrano in conflitto con un determinato potere privato — in particolare quello dell'imprenditore —, ha precisato come il richiamo a tali principi si iscriva nella "*tecnica del rapporto*", cioè in quella tecnica caratterizzata dall'attribuzione alle parti di situazioni attive e passive pariteticamente contrapposte ⁽¹⁹⁾. Ossia, detto in altri termini, di un diritto contrapposto ad un obbligo.

⁽¹⁵⁾ E. RUSSO (nt. 11), 740 s. In senso analogo anche CASTRONOVO, (nt. 7), 212; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 140, il quale fonda la distinzione fra obblighi e doveri in base alla considerazione che il comportamento sia o meno imposto nei confronti e a beneficio di un soggetto determinato; REGOLI, *Offerte pubbliche di acquisto e comunicato agli azionisti*, Torino, Giappichelli, 1996, 201.

⁽¹⁶⁾ CARIELLO, (n.13), 343, il quale precisa che la determinabilità *ex post* equivale all'indeterminabilità; conf. BRUNO, *L'azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario: diritto comune e legislazione speciale*, Napoli, ESI, 2000, 1287; PINTO, (nt. 5), 906 nt. 26, tutti in riferimento ad altro argomento.

⁽¹⁷⁾ I soggetti contemplati dall'articolo in esame devono senz'altro considerarsi come determinati al momento del verificarsi della condotta dannosa, poiché essa si inquadra necessariamente (cfr. lo stesso tenore letterale del 1 co. ove si fa riferimento all'agire in modo contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, *esercitando (id est nell'esercizio dell') attività di direzione e coordinamento*) in una relazione giuridica preesistente, che vale ad isolare gli stessi dalla generalità dei consociati. Con specifico riferimento alla riforma v. in senso conforme GIOVANNINI, (nt. 1) 116. Per spunti interessanti in senso analogo, seppure riferiti a contesti diversi da quello in esame, cfr. REGOLI, (nt. 15), 201, il quale afferma come nonostante la loro mobilità, gli azionisti costituiscono "una categoria... di soggetti determinabili: coloro che in un determinato momento figurano essere titolari di una partecipazione alla società in base alle risultanze del libro soci... sono individuabili una volta che si materializzano gli obblighi della società"; da ultimo Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., che parla di obbligo avente contenuto definito.

⁽¹⁸⁾ MAZZAMUTO, (nt. 2), 1492; ID., (nt. 7), 121 ss.; ABADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 283. Essenziale sul punto è l'insegnamento di MENGONI, (nt. 1), 364, per il quale "quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare alla stregua di una valutazione di buona fede". Conf. CASTRONOVO, (nt. 7), 161.

⁽¹⁹⁾ Cass., 19 giugno 1982, n. 3773, in *Mass. giust. civ.*, 1982; Cass., 27 maggio 1983,

La norma in esame, prevedendo la correttezza come *standard* funzionale al controllo di un potere (imprenditoriale) privato, qual è quello di direzione e coordinamento, e una responsabilità risarcitoria come conseguenza della violazione (abuso) di tale parametro, risulta senz'altro tributaria di tale impostazione.

5. Segue. — Il richiamo ai principi di correttezza (societaria e imprenditoriale) nell'art. 2497¹, c.c. pare acquisire rilevanza al fine di affermare la natura obbligatoria della responsabilità ivi disciplinata anche sotto un ulteriore profilo. Il legislatore della riforma mostra di considerare come ipotesi “normale” (nel senso di ricorrente nella normalità dei casi) quella in cui il potere di direzione e coordinamento deriva dalla titolarità di una partecipazione di controllo nella società eterodiretta. Tant'è che l'esistenza di quest'ultima determina l'applicazione della presunzione di esercizio dell'eterodirezione *ex art. 2497-sexies*.

Al ricorrere di tale fattispecie concreta, la capogruppo, lungi dal poter essere considerata — come spesso affermano quegli autori che sostengono la natura extracontrattuale della responsabilità in esame — come un “soggetto terzo” rispetto alla eterodiretta ed ai suoi soci esterni e creditori, risulta essere semplicemente socia di maggioranza della prima.

A fronte di tale evenienza, la fattispecie risarcitoria contemplata all'art. 2497¹, c.c. può essere considerata come il riconoscimento a livello normativo dell'esistenza di rapporti intersoggettivi fra i soci, sottoposti al vincolo della buona fede e correttezza — non esclusi di per sé dalla qualificazione della società dominata come persona giuridica —, alla cui violazione consegue una responsabilità per *inadempimento* ⁽²⁰⁾.

Si tratta di un fenomeno che è stato ampiamente approfondito in relazione, soprattutto, all'esercizio del diritto di voto del socio in assemblea, qualificato come atto di esecuzione del contratto sociale ed in quanto tale sottoposto agli artt. 1175 e 1375 c.c. ⁽²¹⁾.

La medesima argomentazione, tuttavia, sembra suscettibile di essere trasposta anche all'esercizio della direzione e coordinamento. Quest'ultimo — almeno nell'ipotesi qui presa in considerazione — costituisce in fin dei conti un momento di esecuzione del contratto sociale, per la semplice ragione che esso si fonda sulla *partecipazione di controllo*, la cui acquisizione è proprio uno degli effetti tipici dell'adesione al contratto sociale ⁽²²⁾. Ma allora — deve concludersi — la violazione delle regole di correttezza non

n. 3675, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2267, ove si aggiunge che l'attività dell'imprenditore è concepita piuttosto come oggetto di un'obbligazione dell'imprenditore verso il soggetto i cui interessi possono essere dallo stesso danneggiati.

⁽²⁰⁾ GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2004, 156.

⁽²¹⁾ V. per ampi riferimenti, anche giurisprudenziali, GIOVANNINI, (nt. 1), 117 ss., nt. 55.

⁽²²⁾ GUERRERA, “*Compiti e responsabilità del socio di controllo*”, in *RDS*, 2009, 510, che afferma: “la fonte del potere di direzione e coordinamento, siccome insita nella titolarità delle azioni, ha inevitabilmente matrice contrattuale”. GIOVANNINI, (nt. 1), 119. A conferma di ciò si deve considerare che la dottrina ha ritenuto la responsabilità in esame assoggettata al termine di prescrizione breve contemplato all'art. 2949 c.c. (così BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in questa *Rivista*, 2004, I, 313; MAUGERI, (nt. 1), 380; GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, 25) applicabile proprio ai diritti (nel nostro caso risarcitori) riconosciuti ai soggetti facenti parte dell'organizzazione sociale *in dipendenza del contratto di società o delle situazioni determinate dallo svolgimento della vita societaria* (v. Cass., 1 giugno 1993, 6107, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 967; App. Milano, 2 dicembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1213).

infrange il contratto con i consoci? Ed ancora, la responsabilità non deriva per il socio che ha il controllo da un inadempimento contrattuale (23)?

6. *La struttura della fattispecie di cui all'art. 2497¹, c.c.* — Il tentativo di attrarre nell'area extracontrattuale la responsabilità da abuso di direzione e coordinamento sembra incontrare un serio impedimento anche nella struttura della relativa fattispecie.

La diversità strutturale fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si riverbera immediatamente sul diverso ruolo assunto dalla colpa (24). Nella prima il criterio di responsabilità non può che avere una connotazione strettamente *oggettiva*, poiché l'inadempimento deriva dal mancato impiego di “*uno sforzo debitorio-tipico* in relazione alla *natura* del rapporto e alla *prestazione* ivi dedotta”. Nell'illecito extracontrattuale ha luogo esattamente l'inverso: la connotazione sostanzialmente *soggettiva* di un modello di responsabilità fondato sulla colpa (25).

Ciò posto, è agevole constatare come la fattispecie di cui all'art. 2497¹, c.c., stante il mancato inserimento dell'elemento soggettivo fra i suoi elementi costitutivi, si ponga in piena sintonia con il primo tipo e, all'inverso, in evidente distonia con il secondo tipo di responsabilità.

7. *L'interesse oggetto di protezione ex art. 2497¹, c.c.* — Il carattere contrattuale della responsabilità della capogruppo risulta confermato anche dalla natura dell'interesse, che la nuova disposizione rende meritevole di tutela risarcitoria.

L'interesse dei soci minoritari (alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione sociale) e dei creditori (all'integrità patrimoniale...) sembra assumere la struttura e la forma di una pretesa ad un determinato comportamento altrui, conforme agli

Inoltre, gli interessi tutelati dall'art. 2497¹, c.c., paiono coincidere — almeno per quanto riguarda i soci esterni — con le componenti che la dottrina più moderna ha ritenuto di ricondurre entro la nozione di *interesse sociale*: l'interesse alla conservazione della quota di redditività dell'investimento e l'interesse alla massimizzazione del valore aggregato delle azioni (cfr. per questa ricostruzione della nozione di interesse sociale VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, Giuffrè, 2004, 11 ss.; BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, Giappichelli, 2008, 136, nt. 105, ed anche, in senso parzialmente conforme, gli ulteriori autori lì citati). Poiché l'interesse sociale nasce dalla partecipazione al contratto sociale ed, anzi, il soddisfacimento dello stesso costituisce la causa di quest'ultimo, risulta ulteriormente confermato che l'eterodirezione è un'attività riconducibile alla svolgimento della vita societaria.

(23) Così anche WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*. Atti del convegno. Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Milano, Giuffrè, 2003, 208, il quale ammette la natura extracontrattuale della responsabilità, in base a tale ragionamento, solo nel caso in cui la capogruppo abbia un controllo indiretto a catena; GIOVANNINI, (nt. 1), 119, la quale afferma che in relazione all'eterodirezione come attività di esecuzione del contratto sociale “la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale integra gli estremi della violazione della buona fede quale inadempimento contrattuale idoneo a far sorgere l'obbligo di risarcimento del danno a carico... del socio di maggioranza”.

(24) V. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di “eterogestione”* (art. 2476, comma 7°, c.c.), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 582, ove si legge che “la responsabilità che consegue all'inadempimento di un'obbligazione preesistente... non ha alcun bisogno di un criterio che serva a fornirle una giustificazione, e cioè di un criterio di imputazione come la colpa o il dolo, giacché l'obbligazione è già di per sé fonte sufficiente di responsabilità nel momento e dal momento in cui è inadempita”. Conf. MENGONI, (nt. 1), 378; CASTRONOVO, (nt. 1), 124.

(25) Si riporta il pensiero di A. DI MAJO, (nt. 1), 2001, 193 ss., il quale richiama la conforme opinione (senza darne il riferimento bibliografico) di TRIMARCHI, GIORGIANNI, BIANCA. Conf. anche GIARDINA, (*supra*, 1993), 124.

specifici obblighi ricavabili dai principi di “corretta gestione societaria e imprenditoriale”. Tale comportamento costituisce l’entità o il bene di per sé idoneo a soddisfare gli interessi tutelati.

In base al principio di effettività — che connota l’intera disciplina del capo IX — l’esistenza del gruppo coincide con l’esercizio concreto dell’attività di direzione e coordinamento, da identificarsi come una “pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale, che attengono alla conduzione degli affari sociali” ⁽²⁶⁾.

In un simile contesto, è evidente come dalle modalità secondo cui la *holding* esercita il proprio potere di determinare la strategia gestoria del gruppo *dipenda* la possibilità di configurare la dominata come autonomo centro di profitto ⁽²⁷⁾; e, di conseguenza, la lesione o, al contrario, la soddisfazione degli interessi tutelati dall’art. 2497¹ c.c. ⁽²⁸⁾.

Si realizza, dunque, quella interazione fra un comportamento dovuto (cioè conforme ad un modello precostituito) *e la soddisfazione di un interesse, costituente il requisito qualificante il rapporto obbligatorio ai sensi dell’art. 1174 c.c.:* l’osservanza del contegno prescritto dalla legge è il tramite necessario della realizzazione dell’interesse tutelato ⁽²⁹⁾.

Ne consegue che gli interessi dei soci minoritari e dei creditori della società eterodiretta assumono la fisionomia di interessi all’adempimento e l’attività della capogruppo conforme al modello di comportamento dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale diviene la prestazione atta a determinarne la realizzazione ⁽³⁰⁾.

Inoltre, gli interessi tutelati dall’art. 2497¹, c.c., consistono nell’aspettativa alla soddisfazione del debito per i creditori; nell’aspettativa alla redditività o della valoriz-

⁽²⁶⁾ MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 321; PAVONE LA ROSA, (nt. 1), 584, che parla di generale potere di indirizzo; GUERRERA, (nt. 20), 129; TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, Giappichelli, 1997, 56, che parla di un programma economico comune (*Planungseinheit*) ed ulteriore rispetto a quello di ciascuna singola unità.

⁽²⁷⁾ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, Cedam, 2003, 159.

⁽²⁸⁾ In senso sostanzialmente conforme v. MAUGERI, (nt. 1), 360, secondo il quale anche nel “gruppo... i criteri di valutazione della condotta delle figure di produzione dell’azione collettiva” vanno ricercati “in una vera e propria *obbligazione gestoria*, cioè in un “comportamento” il cui referente oggettivo è l’“interesse” del socio alla redditività e al valore della partecipazione”. Peraltro, sembra che dal mantenimento della società dominata come centro di produzione e imputazione di profitto (profilo cui è collegata anche l’integrità patrimoniale della società, che sarebbe menomata ove questa svolgesse un’attività economica in perdita) dipenda la soddisfazione dell’interesse tanto dei soci, quanto dei creditori. Nonostante la distinzione operata dalla lettera della legge fra le due diverse categorie di interessi, esse rappresentano il medesimo bene considerato sotto un diverso angolo visuale (cfr. M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell’esercizio dell’impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 614; più in generale e ante riforma, LIBONATI, *La tutela del creditore a fronte dell’inadempimento del debitore*, in *Fallimento*, 1984, 17, il quale afferma che laddove non sussista lo stato d’insolvenza, anche nella valutazione dell’interesse dei creditori (come in quello dei soci), deve prevalere l’apprezzamento della capacità reddituale dell’impresa sociale, della sua attitudine a far fronte ai costi con i ricavi; NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, Giuffrè, 2000, 267, nt. 54.

⁽²⁹⁾ In generale v. CASTRONOVO, (nt. 7), 156; ROVELLI, *Responsabilità degli amministratori della controllante*, in *Fallimento*, 1996, 1050. La ricostruzione proposta nel testo si avvicina a quella proposta da MAZZAMUTO, (nt. 9), 121, riferita alla nuova categoria dogmatica della responsabilità contrattuale debole, sulla quale si rinvia all’opera citata in part. par. 2.

⁽³⁰⁾ Conf. MAUGERI, (nt. 1), 360.

zazione dell'investimento in società, per i soci ⁽³¹⁾. E l'aspettativa di beni o di concrete utilità di carattere economico costituisce proprio l'oggetto tutelato dalla responsabilità contrattuale ⁽³²⁾.

Sempre in relazione a tale aspetto, le misure anti-danno predisposte dal diritto privato patrimoniale si differenziano in due modelli fondamentali: uno volto a proteggere il patrimonio in atto, ciò che appartiene; l'altro il patrimonio in potenza, ciò che spetta.

Mentre nei confronti dell'*appartenenza* l'unico atteggiamento lecito è il rispetto; nei confronti della *spettanza* la liceità è data dall'ottemperanza a specifici doveri, attraverso la quale soltanto ciò che spetta è suscettibile di diventare ciò che appartiene. Il che corrisponde all'idea, insita nel concetto di obbligazione, secondo cui il debitore è tenuto a fare in modo che sia realizzato l'interesse del creditore ⁽³³⁾.

Ciò premesso, occorre rilevare che la redditività e la valorizzazione della partecipazione sociale, come l'integrità patrimoniale della società, funzionale alla capacità della stessa di soddisfare i propri crediti, non sono, in quanto *mere aspettative*, beni che appartengono al patrimonio in atto dei soggetti tutelati dall'art. 2497 c.c., ma a quello in potenza. In particolare, l'eterodirezione "come modo fisiologico di organizzazione policentrica dell'attività d'impresa, non invece come... anomalia del suo svolgimento, pur sempre deve dirsi orientata all'accrescimento quantitativo della ricchezza investita dai soci esterni a ogni livello o fase della complessiva aggregazione" ⁽³⁴⁾; dunque essa determina una relazione che si colloca in un "circuito acquisitivo", che trova la propria naturale collocazione nell'area della responsabilità contrattuale.

Qualche dubbio, invece, potrebbe sorgere in ordine all'inquadramento nel paradigma dell'illecito civile della responsabilità della capogruppo verso i creditori della eterodiretta, "in ragione della preminenza logica che per questi ultimi riveste l'istanza di "conservazione" della garanzia patrimoniale" ⁽³⁵⁾. In realtà, tale osservazione non pare sufficiente a negare che la responsabilità verso i creditori sociali si situi al di fuori di

⁽³¹⁾ ANGELICI, (nt. 27), 150; A. PATTI, (nt. 4), 252; MAZZAMUTO, (nt. 9), 121 ss.

⁽³²⁾ Così A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, Giappichelli, 1997, 113, ove si afferma che il "danno contrattuale è quello che si definisce da aspettativa non realizzata" e aggiunge: "Potrebbe domandarsi... in che misura il danno contrattuale viene a distinguersi dal quello aquilano giacché anche quest'ultimo tutela "le aspettative deluse" a seguito del fatto illecito altrui (e così il mancato guadagno del professionista, vittima di un incidente o di una diffamazione). La distinzione è nella diversa natura e composizione del danno aquilano. Se è vero che anche il danno aquilano comprende le aspettative irrimediabilmente compromesse dal fatto illecito altrui, è anche vero che tali aspettative si pongono indipendentemente dalla condotta del soggetto responsabile dell'illecito [TREITEL, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 706]... Il danno contrattuale, al contrario, è commisurato strettamente all'aspettativa della prestazione..."; ID., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, Utet, 2002, 26 ss. Conf. MAZZAMUTO, (nt. 7), 393; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I (München, 1987), 112. La definizione dell'interesse protetto dalla responsabilità contrattuale come "expectation interest" è corrente nella letteratura di *common law*. V. per tutti ATIYAH, *Introduction to the law of contract*, Oxford, 2006, 309 ss.

⁽³³⁾ Così CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 3 ss. Conf. anche M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 465, il quale afferma che "(l)a responsabilità contrattuale si situa in un circuito acquisitivo... essa è rivolta, perciò, a realizzare per equivalente ciò che il programma negoziale prometteva e che l'inadempimento aveva fatto mancare... La responsabilità extracontrattuale, per contro, adempie ad una funzione propriamente conservativa..."; A. DI MAJO, (nt. 32), 27.

⁽³⁴⁾ MAUGERI, (nt. 1), 361, nt. 161, proprio sulla scorta della riflessione di Barcellona.

⁽³⁵⁾ MAUGERI, (nt. 1), 361, nt. 161.

quella logica della spettanza che connota la responsabilità da inadempimento. L'istanza conservativa dell'integrità patrimoniale confluisce nella tutela dell'"appartenenza" (e dunque nell'ambito della responsabilità aquiliana) solo se riferita alla società eterodiretta. Rispetto ai suoi creditori invece, l'integrità patrimoniale è tutelata in funzione di garantire il soddisfacimento del diritto di credito (dalla mancanza del quale deriva il danno al creditore); dunque oggetto della tutela *ex art. 2497¹, c.c.*, per quanto concerne i creditori, è in ultima istanza, l'*aspettativa* dell'adempimento dell'obbligazione, cioè ciò che spetta, senza ancora appartenere, al patrimonio del creditore.

La misura anti-danno prevista dalla disposizione in esame, è riconducibile, quindi, tanto rispetto ai soci, quanto rispetto ai creditori, alla logica della spettanza e dunque all'ambito della responsabilità contrattuale ⁽³⁶⁾.

8. *Le indicazioni ricavabili dalla funzione dell'art. 2497¹, c.c.* — I due tipi di responsabilità previsti dal nostro ordinamento possono, poi, essere distinti in base a ragioni di carattere funzionale.

Mentre la responsabilità contrattuale ha la funzione di tutelare il creditore nei confronti di quel rischio specifico di danno creato dalla particolare, preesistente relazione intersoggettiva instaurata tra le parti ⁽³⁷⁾; analoga finalità non può essere collegata alla responsabilità aquiliana, quanto meno perché il sorgere della relazione intersoggettiva, coincidente con l'obbligo di risarcimento del danno, è successivo al verificarsi dello stesso ⁽³⁸⁾.

Se si considerano gli interessi dei soci minoritari e dei creditori della società eterodiretta come pretese correlate ad un comportamento specifico — quale bene idoneo a soddisfarle — e non come generici "interessi della vita di relazione" ⁽³⁹⁾, diviene possibile cogliere come il contegno della capogruppo, difforme da quello legislativamente imposto, crei un rischio specifico di danno ⁽⁴⁰⁾.

L'art. 2497¹, c.c. configura i creditori e i soci minoritari della dominata come portatori di un interesse *specifico* al rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte della capogruppo. Interesse inserito in una determinata *relazione "di contatto sociale"*, in cui si risolve l'esercizio dell'attività di eterodirezione ⁽⁴¹⁾. La speciale responsabilità disciplinata nella disposizione in esame, pertanto, è stata introdotta dalla riforma per preservare la sfera giuridica dei soggetti tutelati (soci minoritari e creditori della dominata) da quel *rischio specifico*, che può configurarsi

⁽³⁶⁾ Nel senso che tali interessi rientrano nella logica della spettanza, e dunque nell'ambito di protezione deputato alla responsabilità contrattuale v. GUERRERA, (nt. 20), 323, ove si afferma che la redditività e la massimizzazione del valore delle partecipazioni attengono al profilo dinamico (quindi della spettanza) dell'interesse lucrativo comune.

⁽³⁷⁾ A. DI MAJO, (nt. 1), 196; MAGGIOLO, (nt. 1), 204

⁽³⁸⁾ Cfr. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, Jovene, 1985, 16; ID., (nt. 5), 10; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del "Foro italiano", 1979, 35; A. DI MAJO, (nt. 1), 245; MAGGIOLO, (nt. 1), 180 s..

⁽³⁹⁾ L'espressione è tratta da BIANCA, (nt. 38), 35.

⁽⁴⁰⁾ Il ragionamento che si propone nel testo pare avallato anche da quanto afferma MAZZAMUTO, (nt. 7), 381, secondo il quale l'obbligo di salvaguardia imposto all'art. 2497¹, c.c. si caratterizza per un contenuto assai più specifico e particolareggiato rispetto al generico dovere di *neminem ledere* perché si pone in un quadro di intensa collaborazione che è del tutto estraneo all'ambito aquiliano.

⁽⁴¹⁾ Lo spunto di tale osservazione è tratto da GUERRERA, (nt. 20), 248 e nt. 9, che riferisce il ragionamento alla ricostruzione della natura della responsabilità *ex art. 2394 e 2395 c.c.*

esclusivamente nell'ambito dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento: il rischio specifico inerente alla preesistente relazione ⁽⁴²⁾.

Il criterio del rischio specifico di danno, inoltre, presenta vari elementi di affinità con la teoria che definisce la responsabilità extracontrattuale come quella intercorrente tra semplici "passanti", per cui il danno consegue ad un contatto fra soggetti, tra i quali, precedentemente, non esiste alcun tipo di rapporto personale. Mentre la responsabilità contrattuale è definita come quella in cui gli individui coinvolti nella vicenda dannosa possono essere isolati dalla generalità dei consociati da una relazione personale, fra costoro intercorrente prima del verificarsi del danno ⁽⁴³⁾.

L'inserimento della responsabilità in una preesistente relazione giuridica tra soggetti determinati (o determinabili) — che, in tal modo, cessa di essere una responsabilità del *quisque de populo* — è un tratto certamente qualificante la fattispecie delineata dal nuovo capo IX.

L'interferenza lesiva ai sensi dell'art. 2497¹, c.c. matura nel contesto di una relazione intersoggettiva preesistente al verificarsi del danno risarcibile, che vale a isolare dalla generalità dei consociati la società capogruppo, da un lato, i soci e i creditori delle società eterodirette, dall'altro. Il rapporto derivante dall'esercizio di tale attività costituisce, infatti, l'elemento qualificante l'esistenza del gruppo e, di conseguenza, il presupposto necessario per l'insorgere della responsabilità speciale prevista in tale contesto. Lo stesso tenore letterale della norma in esame prevede che la capogruppo cagioni il danno ai soci e ai creditori "esercitando attività di direzione e coordinamento". Ciò significa che la responsabilità lì disciplinata si configura esclusivamente nel contesto di una preesistente relazione intersoggettiva ⁽⁴⁴⁾: il danno (e l'obbligo risarcitorio imposto dalla norma in esame) trae origine da un'attività, che pone stabilmente ⁽⁴⁵⁾ in contatto sfere di interessi predeterminate (o almeno determinabili) ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴²⁾ In riferimento alla responsabilità contrattuale in generale, parla di "rischio specifico... della relazione", CARUSI, voce *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 715.

⁽⁴³⁾ CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 586; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1990, 500, 735; MAZZAMUTO, (nt. 2), 1492. Per la distinzione fra *Schicksal e Planung* ai fini della individuazione della natura della responsabilità, v. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, Monaco-Berlino, 1940, 80 ss.; per l'utilizzo dell'espressione *Jedermann Haftung*, v. LARENZ-CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2, München, 1994, 359; TUNC, *Introduction*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts, Tubinga-L'Aja-Parigi, 1973, 27.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., prima della riforma, la motivazione di Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1155, ove si afferma che "la società controllante quando esercita la direzione unitaria si pone in un rapporto di relazione soggettiva con la società controllata..."; LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo (responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *Aa.Vv., I gruppi di società*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1527, il quale parla di partecipazione di controllo capace di instaurare "fra partecipante e partecipata un rapporto (negoziale) di spessore maggiore, idoneo in particolare a legittimare la direzione unitaria, finalizzata ad un interesse di gruppo inteso come composizione equilibrata degli interessi propri dei vari centri di imputazione...". Cfr., con riferimento specifico alla riforma, MAZZAMUTO, (nt. 2), 1491, il quale afferma che "la sussistenza di un rapporto giuridico in senso stretto impedisce di configurare la responsabilità di cui all'art. 2497 in termini aquiliani alla luce del rilievo — di immediata evidenza — che la responsabilità extracontrattuale sorge con riferimento a soggetti tra cui non corre alcun rapporto giuridico preesistente, giacché un vero e proprio rapporto si instaura solo a seguito del contatto conflittuale sfociato nella produzione di un danno ingiusto nella sfera del danneggiato: la responsabilità del passante o del *quisque de populo*".

⁽⁴⁵⁾ Il carattere di stabilità e durevolezza dell'attività di direzione e coordinamento

Ricorre, pertanto, il dato caratteristico del rapporto obbligatorio, ovvero la preesistenza al verificarsi del danno di una relazione sociale giuridicamente rilevante, in contrapposizione all'interferenza fra le rispettive sfere giuridiche del danneggiante e del danneggiato originatasi *ex post* e solo contestualmente all'illecito aquiliano ⁽⁴⁷⁾. La responsabilità *ex art.* 2497¹, c.c. non può essere ricondotta all'art. 2043 c.c., in quanto da quest'ultimo non possono ricavarsi "reazioni rimediali" all'ipotesi di interferenza stabile e programmata del danneggiante nella sfera del danneggiato, qual è certamente l'attività di direzione e coordinamento.

Affinché possa configurarsi una responsabilità di tipo contrattuale, inoltre, la relazione intersoggettiva preesistente (al danno) deve risultare qualificata dalla circostanza che il diritto disciplini *ex ante* (cioè anteriormente al momento patologico della lesione) il conflitto di interessi fra le parti e non intervenga solo *ex post* — in seguito al fatto lesivo ed unicamente sul piano risarcitorio — come accade, invece, nell'illecito extracontrattuale ⁽⁴⁸⁾. L'esistenza di una responsabilità da inadempimento dipende dall'esistenza di un "progetto o previsione in termini di dover essere" ⁽⁴⁹⁾, cioè da un *quid* che consenta di comparare il comportamento dovuto con quello concretamente tenuto. Al contrario, si avrà un semplice fatto illecito, laddove il contatto sociale avvenga al di fuori di un preesistente progetto, come incontro "casuale" fra due soggetti.

Così ricostruito il criterio per individuare la responsabilità contrattuale, non può che ricondursi ad essa anche la fattispecie di cui all'art. 2497¹, c.c.

La dottrina afferma, infatti, costantemente, che il problema specifico cui risponde la disciplina della responsabilità nel gruppo è proprio una situazione di conflitto di interesse sistematico, che permea di sé l'intera attività, derivante dall'esistenza del potere della capogruppo di dirigere e coordinare altre società secondo un progetto

dovrebbe poter essere indotto sia dalla sua natura di attività imprenditoriale (che ha carattere di professionalità intesa come non occasionalità), sia anche dagli specifici adempimenti pubblicitari previsti per essa dal nuovo art. 2497-bis, c.c.

⁽⁴⁶⁾ Il che esclude l'estraneità fra le sfere giuridiche dell'agente e della vittima, generalmente sottesa all'applicazione del principio dell'*alterum non laedere*. Per l'individuazione di una responsabilità avente natura contrattuale, in un contesto diverso da quello in esame, ma sulla base di argomentazioni coincidenti con quelle addotte nel testo, cfr. MAZZONI, *Lettere di patronage*, Milano, Giuffrè, 1986, 157.

⁽⁴⁷⁾ GUERRERA, (nt. 20), 319, riconosce come sussista una relazione giuridica di contatto fra società dominante e soci minoritari e creditori. La ricostruzione che si propone nel testo della responsabilità da etero direzione abusiva come contrattuale *in quanto responsabilità che nasce nel contesto di una preesistente relazione* trova conferma nel recentissimo contributo (dal titolo estremamente esplicativo) di CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 55 ss.

⁽⁴⁸⁾ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, Utet, 1968, 675, il quale riferisce tale osservazione ad un'altra ipotesi di responsabilità al limite tra natura contrattuale ed extracontrattuale, da tempo oggetto di dibattito in dottrina: la responsabilità precontrattuale. Nel caso dell'illecito aquiliano avremmo la normale estraneità del terzo danneggiante alla situazione su cui incide la violazione extracontrattuale e, quindi, l'assenza di una preventiva e puntuale regolamentazione della relazione e del conflitto di interessi col danneggiato; SALVI, (nt. 5), 1191; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, 33; ESSER, (nt. 43), 80 ss., dove si trova la distinzione fra *Planung e Schicksal*; P. RESCIGNO, (nt. 15), 148 e 160.

⁽⁴⁹⁾ A. DI MAJO, (nt. 32), 31, il quale ritiene sufficiente tale elemento per configurare una prestazione, la cui esistenza viene considerata come discrimine fra l'area della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (pag. 32). La distinzione fra obblighi di prestazione e doveri di comportamento, a cui secondo Di Majo, corrisponderebbe la distinzione fra responsabilità contrattuale e aquiliana, è ripresa, nella dottrina tedesca, da ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1995, 100 ss.

unitario (*Planungseinheit*). La disciplina in esame trova, quindi, la propria *ratio* proprio nel regolare *ex ante* tale conflitto di interessi, al fine di pervenire ad un equilibrato contemperamento delle posizioni contrapposte ⁽⁵⁰⁾.

9. *Le indicazioni provenienti dalla disciplina del recesso nel gruppo.* — La tesi della natura contrattuale della responsabilità della capogruppo, peraltro, è la sola capace di spiegare la *ratio* dell'ipotesi di recesso del socio contemplata dall'art. 2497-*quater*, lett. b), c.c.

Il recesso può assolvere nel nostro ordinamento diverse funzioni, tra le quali quella di reazione di fronte ad un inadempimento contrattuale ⁽⁵¹⁾.

Mentre tutte le altre ipotesi di recesso previste dalla norma appena citata rappresentano una tutela contro modificazioni delle condizioni contrattuali (e quindi del rischio dell'investimento) imposte dalla maggioranza ⁽⁵²⁾; il recesso ammesso "quando a favore del socio sia stata pronunciata... condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento" si giustifica come reazione all'inadempimento contrattuale della *holding* ed è, pertanto, accompagnato dall'ulteriore strumento di reazione del risarcimento del danno ⁽⁵³⁾.

10. *L'interpretazione orientata alle conseguenze dell'art. 2497¹, c.c.* — Anche l'utilizzo, nell'interpretare la norma in esame, dell'argomentazione orientata alle conseguenze ⁽⁵⁴⁾ porta a propendere per la natura contrattuale della responsabilità di cui al comma 1 dell'art. 2497 c.c.

Infatti, considerando quest'ultima come aquiliana, l'onere della prova a carico dell'attore risulterebbe tanto gravoso da paralizzare, in pratica, l'iniziativa dei legittimati attivi ⁽⁵⁵⁾.

Al riguardo non sarebbero di ausilio né l'art. 2497-*bis*, 5 comma, c.c., né l'art. 2497-*ter*, c.c.

La prima disposizione impone agli amministratori di indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa. Tuttavia, la norma non richiede agli amministratori di illustrare dettagliatamente ogni singola operazione posta in essere in esecuzione delle direttive della capogruppo, con indicazione delle relative prestazioni e controprestazioni. La norma mira unicamente a fornire una valutazione sulla complessiva economicità dell'attività delle società figlie, che tenga conto dell'insieme dei rapporti intercorsi

⁽⁵⁰⁾ Cfr. art. 10, lett. a), l. 366/2002, che dà un'interpretazione autentica dello scopo delle normative delegate.

⁽⁵¹⁾ FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, Giuffrè, 1998, 340 ss.

⁽⁵²⁾ Questa è un'altra possibile funzione assolta dal recesso. V. FRANZONI, (nt. 51), 340 ss.

⁽⁵³⁾ In generale FRANZONI, (nt. 51), 383, che, coerentemente con quanto si vuol sostenere nel testo, afferma che quando il recesso ha il proprio presupposto nell'inadempimento, il recedente può agire per il risarcimento del danno.

⁽⁵⁴⁾ MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1994, 1 ss., ove si ricostruisce l'argomento, definendolo come un metodo che consente di scegliere una interpretazione in base alle implicazioni pratiche cui essa conduce.

⁽⁵⁵⁾ Sul problema v. GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, Cedam, 2004, 189; MARTORANO, *Gruppo di imprese ed amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 1984, 79 ss.; GIOVANNINI, (nt. 1), 87 ss.

con le altre società del gruppo, al fine di verificare l'eventuale compensazione di vantaggi e svantaggi derivanti dall'attività di direzione e coordinamento ⁽⁵⁶⁾.

Quanto alla seconda disposizione, il legislatore prescrive l'obbligo di motivare analiticamente le ragioni e gli interessi che hanno inciso sulle decisioni delle società dominate, ove influenzate dall'attività di direzione e coordinamento, dandone adeguato conto nella relazione sulla gestione prevista dall'art. 2428 c.c. Tale previsione sembra, dunque, offrire ai soci e ai creditori la possibilità di acquisire le informazioni necessarie per l'esercizio dell'azione risarcitoria ⁽⁵⁷⁾. Sennonché, l'effettiva e reale conoscibilità delle decisioni risulta preclusa dal fatto che i legittimati attivi non hanno diritto di accedere, *uti singuli*, al libro delle adunanze e deliberazioni del consiglio di amministrazione. La prescrizione dell'art. 2497-ter, peraltro, non garantisce un fedele richiamo al contenuto delle delibere consiliari, avendo il legislatore richiesto semplicemente di dare "adeguato conto" di esse nella relazione, lasciando agli amministratori, che le redigono (e che potrebbero essere coinvolti in responsabilità), la discrezionalità in merito al significato da attribuire a tale espressione ⁽⁵⁸⁾.

A ciò si aggiunga l'ovvia considerazione per cui le informazioni, che dovrebbero essere ricavate dai documenti menzionati nelle disposizioni in esame, provengono dagli amministratori delle società controllate, i quali, in ipotesi di abuso, sono interessati ad occultare i dati relativi alle operazioni sospette, in quanto potenziali corresponsabili del loro compimento.

Ne consegue, pertanto, un'obiettivo difficoltà per i soci di minoranza e i creditori danneggiati di munirsi dei dati indispensabili per poter assolvere all'onere probatorio che graverebbe su di loro, qualora si qualifichi la responsabilità della capogruppo come extracontrattuale; e quindi la frustrazione della funzione di tutela, per cui l'art. 2497 c.c. è stato introdotto. Considerando la responsabilità in questione come aquiliana si perverrebbe, cioè, al risultato incongruo di porre a carico dei danneggiati la prova processuale in ordine ad elementi conoscibili soltanto dai danneggianti.

Tali considerazioni dimostrano come sia preferibile riconoscere alla responsabilità *ex art. 2497¹*, c.c. natura contrattuale.

È necessario, infatti, considerare che ai sensi dell'art. 1218 c.c., sull'attore grava l'onere di provare l'inadempimento e il danno. Quindi, nella fattispecie in esame, occorre dimostrare la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ⁽⁵⁹⁾ e la diminuzione della redditività e del valore della partecipazione sociale (per il socio), o la lesione dell'integrità del patrimonio sociale (per il creditore) ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁶⁾ COSÌ GALGANO-GENGHINI, (nt. 55), 185.

⁽⁵⁷⁾ Soprattutto in quanto si è ritenuto che tale norma vada interpretata in conformità al significato attribuito alle preesistenti disposizioni in materia di bilancio, secondo le quali è necessario indicare per ciascuna delle controllate, controllanti o collegate le categorie di operazioni di maggior rilievo compiute nell'esercizio, con il relativo ammontare, dichiarando se tali operazioni sono state concluse a normali prezzi di mercato oppure a condizioni particolari, indicando se e in quale misura ciò abbia influito sul risultato dell'esercizio e come sia stato evitato ogni pregiudizio alla società. In tal senso MURATORE, sub *art. 2497-bis e 2497-ter*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-MONTALENTI, Bologna, Zanichelli, 2004, 2185, che riprende la tesi di COLOMBO, *Bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 7, Torino, Utet, 1994, 157 ss.

⁽⁵⁸⁾ ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di Benazzo-Patriarca-Presti, Milano, Giuffrè, 2003, 249.

⁽⁵⁹⁾ Per es. che gli amministratori hanno svenduto i prodotti della controllata.

⁽⁶⁰⁾ Per es. occorre provare che la svendita di cui sopra abbia determinato un mancato guadagno.

La società capogruppo, invece, qualora voglia sottrarsi alla condanna, deve alternativamente fornire la prova

— che l'inadempimento non sussiste, in quanto l'operazione posta in essere risponde ai canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale ⁽⁶¹⁾ oppure in quanto essa non ha impartito alcuna direttiva pregiudizievole, derivando l'operazione dannosa da un'iniziativa autonoma degli amministratori della dominata ⁽⁶²⁾;

— che il danno non sussiste ai sensi dell'ultima parte dell'art. 2497¹, c.c., per il ricorrere di vantaggi compensativi o di operazioni dirette ad eluderlo.

Ma allora la disciplina della ripartizione dell'onere della prova propria della responsabilità contrattuale risulta coerente con le prescrizioni di cui agli artt. 2497-*bis* e 2497-*ter*, c.c.

Se a tali norme non può attribuirsi — come detto — la funzione di fornire agli attori le analitiche informazioni indispensabili al fine di provare i presupposti di una responsabilità di tipo aquiliano, si può, al contrario, ritenere che la loro *ratio* sia funzionale ad una ripartizione dell'onere della prova conforme alle regole della responsabilità contrattuale ⁽⁶³⁾.

Dalla documentazione predisposta dagli amministratori delle dominate, infatti, la capogruppo può ricavare elementi utili ad assolvere l'onere di provare la mancanza dell'inadempimento o del danno ad esso conseguente, qualora si ammetta che la responsabilità della stessa è soggetta alla disciplina di cui all'art. 1218 c.c.

11. *I connotati positivi della responsabilità da eterodirezione abusiva.* — Una volta chiarito perché la responsabilità di cui all'art. 2497¹, c.c. possa considerarsi contrattuale sotto il profilo strutturale e funzionale, l'ulteriore svolgimento della presente riflessione deve individuare la fonte e il contenuto del vincolo obbligatorio fra i soggetti coinvolti nell'attività di direzione e coordinamento ⁽⁶⁴⁾.

La responsabilità in esame ha natura contrattuale in quanto conseguente alla violazione di una preesistente obbligazione avente fonte legale ⁽⁶⁵⁾. La legge ricollega la nascita del *vinculum iuris* in esame ad un fatto, ossia all'esercizio dell'attività di

⁽⁶¹⁾ Ad es. la congruità delle condizioni contrattuali relative all'operazione sospetta.

⁽⁶²⁾ Cioè la capogruppo ha l'onere di provare (art. 1218 c.c.) che l'inadempimento è dovuto a una causa a lei non imputabile.

⁽⁶³⁾ GIOVANNINI, (nt. 1), 97.

⁽⁶⁴⁾ Ci si limita qui, per motivi di spazio, a fornire soltanto alcuni cenni, nuovamente rinviando per ulteriori approfondimenti a BENEDETTI, (nt. 4) Cap. I, § 3 ss.

⁽⁶⁵⁾ La giurisprudenza e la dottrina civilistica più recenti ammettono che l'espressione "responsabilità contrattuale" costituisca una *sineddoche* (BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, Giuffrè, 1991, 665, per cui "si indica il tutto con l'area più importante di inadempimento di un'obbligazione...") il cui ambito di applicazione si estende ad ogni ipotesi di violazione di obblighi preesistenti, qualunque ne sia la fonte (MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1988, 1072 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, Giuffrè, 1994), 3; P. RESCIGNO, (nt. 15), 161; A. DI MAJO, (nt. 38), 207 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, (nt. 48), 672; VISINTINI, (nt. 1), 24 ss.; ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998, 206. In giurisprudenza v. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in questa *Rivista*, 2000, 2, 167, ove si afferma che il "discriminare tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale va ricercato (non già nella fonte, ma) nella natura della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche se non derivanti da contratto, la violazione dà luogo a responsabilità *contrattuale*; se invece essa consiste nel dovere generale di rispetto delle situazioni giuridiche, la responsabilità ha carattere *extracontrattuale*". Anzi parte di questa dottrina ha ritenuto che, considerati i fraintendimenti che il riferimento al contratto continua a creare, sarebbe preferibile parlare di responsabilità da lesione di diritti e da violazione di obblighi (CASTRO-

direzione e coordinamento, in quanto diretta alla gestione di interessi non solo propri, ma anche altrui (della società eterodiretta, dei suoi soci minoritari e dei creditori), attesa la sicura idoneità di una simile vicenda fattuale — e lo dimostra chiaramente la fattispecie di cui agli artt. 2028 c.c. e ss. ⁽⁶⁶⁾ — a porsi come autonoma fonte di obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c. ⁽⁶⁷⁾.

In merito al contenuto del rapporto obbligatorio, se si adotta una nozione di prestazione di tipo “personalistico”, definendola come “un contegno, un comportamento, un’attività personale” ⁽⁶⁸⁾ del debitore, non sembrano sussistere impedimenti a qualificare la regola che impone di esercitare l’attività di direzione e coordinamento secondo i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale come obbligo di *prestazione* e non come obbligo di *protezione* ⁽⁶⁹⁾.

Nell’art. 2497 c.c. siamo, infatti, in presenza di un rapporto obbligatorio ordinato alla soddisfazione dell’aspettativa dei titolari degli interessi giuridicamente tutelati; e l’aspettativa consiste nell’acquisizione al loro patrimonio dell’utilità prodotta dall’agire altrui, in quanto conforme al contenuto di un obbligo di comportamento (i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale).

Risulta dunque evidente come la responsabilità da direzione e coordinamento costituisca una misura anti-danno volta a tutelare il patrimonio in potenza non il patrimonio in atto, e retta, pertanto, dalla logica della “spettanza” ⁽⁷⁰⁾: la capogruppo è tenuta ad osservare un determinato *standard* di comportamento, per consentire che siano realizzati gli interessi protetti dall’art. 2497 c.c.

Non è possibile, quindi, richiamare quegli obblighi di protezione che determinano

NOVO, *L’obbligazione senza prestazione. Ai confini fra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, Giuffrè, 1995, 220).

⁽⁶⁶⁾ Non si intende affermare che la fattispecie della responsabilità da direzione e coordinamento abusiva possa essere ricondotta all’istituto della *negotiorum gestio*. Semplimente il riferimento alle norme che la disciplinano ha il fine di evidenziarne il rilievo sistematico, in quanto rivelatrici della possibilità nel nostro ordinamento di configurare una responsabilità da *mala gestio* fondata sulla violazione di obblighi di fonte legale a carico del gestore di affari di pertinenza altrui. Per un esame approfondito al riguardo v. GUERRERA, “Gestione “di fatto” e funzione amministrativa nelle società di capitali”, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 169 ss.; ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in questa *Rivista*, 2000, II, 167; Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, cit.

⁽⁶⁷⁾ Così, dopo la riforma del diritto societario, GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV. *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2005, 342 s.; ante riforma ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, Il Mulino, 1982, 144; TOMBARI, (nt. 26), 243; ROVELLI, *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, in *Società*, 1989, 1139.

⁽⁶⁸⁾ NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, Giuffrè, 1936, 94; P. RESCIGNO, (nt. 15), 184 s.; SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1279 s.; A. DI MAIO, (nt. 32), 20 nt. 19; MAGGIOLO, (nt. 1), 180; CARIELLO, (nt. 13), 344.

⁽⁶⁹⁾ Così invece la sentenza del Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., che parla di “dovere di protezione avente contenuto definito” a carico della capogruppo. Quest’ultimo esplica la funzione di soddisfare l’interesse a non veder pregiudicati dal comportamento della controparte l’integrità della propria persona e dei propri beni: il c.d. interesse negativo di protezione (CARUSI, (nt. 42), 712; RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. prax.*, 1932, 222 ss.; CASTRONOVO, (nt. 33), 3 ss.). In pratica, dunque, una responsabilità strutturalmente assimilabile alla responsabilità da inadempimento è chiamata ad assolvere una funzione di tutela dell’“appartenenza” del tutto analoga a quella propria del principio del *neminem laedere* (CASTRONOVO, (nt. 33), 3 e 5 ss.).

⁽⁷⁰⁾ CASTRONOVO, (nt. 33), 3 e 4.

una “contrattualizzazione” di danni ricadenti nel perimetro funzionale della responsabilità delittuale ⁽⁷¹⁾.

Inoltre, la dottrina civilistica ha avuto modo di rilevare che la natura dinamica e complessiva ed il carattere duraturo delle vicende produttive dei danni rilevanti ai sensi della disposizione in esame mal si conciliano con il connotato di tendenziale immediatezza dell’inadempimento di obblighi di protezione ⁽⁷²⁾.

12. *Qualche spunto sul carattere diretto della responsabilità.* — La sentenza in commento qualifica espressamente la responsabilità *ex art. 2497¹*, c.c. come “diretta” ⁽⁷³⁾.

Se si adotta la tesi qui sostenuta della natura contrattuale di tale responsabilità, si deve anche ammettere l’esistenza di un rapporto obbligatorio diretto fra la capogruppo da un lato, e i legittimati attivi a farla valere (soci e creditori della dominata). Per negare l’esistenza di quest’ultimo, tuttavia, si afferma che la relazione giuridica che si pretende di far derivare dalla formulazione dell’art. 2497¹, c.c. “non si instaurerebbe affatto con i soci di minoranza e con i creditori delle società del gruppo, bensì, se mai, ...con le società coordinate e dirette” ⁽⁷⁴⁾. Ne conseguirebbe l’impossibilità di affermare l’esistenza di una responsabilità contrattuale della *holding nei confronti, direttamente, dei soci e dei creditori della dominata*, posto che l’inadempimento è configurabile solo fra debitore e creditore della prestazione.

Una simile obiezione non sembra decisiva. Si è affermato in dottrina che gli obblighi e i doveri cui il *gestore* deve ottemperare nella sua attività — ossia nell’ambito dell’effettivo esercizio dell’impresa — hanno una valenza e una direzione anche esterna, ossia devono ritenersi imposti anche a beneficio di soggetti terzi rispetto al titolare dell’impresa. In quanto tali, gli obblighi ed i doveri gestori sono capaci di far sorgere in capo a chi gestisce una sua diretta responsabilità “verso terzi, i cui diritti o interessi siano coinvolti e incisi dalla gestione dell’impresa” ⁽⁷⁵⁾.

In relazione alla fattispecie di responsabilità in esame, i soci esterni ed i creditori della dominata sono certamente soggetti qualificabili, da una parte, come “terzi” rispetto al titolare dell’impresa che è la società con cui intrattengono il rapporto sociale o creditorio; e, dall’altra, come titolari di interessi “coinvolti ed incisi dalla gestione dell’impresa”. Peraltro, l’art. 2497¹, c.c. mostra di considerare la capogruppo come un soggetto che, esercitando effettivamente un *potere gestorio*, non può sottrarsi ai conseguenti obblighi e doveri che l’esercizio di tale potere reca *ex lege* con sé ⁽⁷⁶⁾. Ma allora, poste queste premesse, non pare sussistere alcun ostacolo giuridico a che il legislatore sancisca l’esistenza di un *rapporto obbligatorio diretto* fra la capogruppo ed i soci e i creditori della eterodiretta.

⁽⁷¹⁾ BRECCIA, (nt. 65), 673 ss.; A. DI MAJO, (nt. 32), 21 ss.

⁽⁷²⁾ MAZZAMUTO, (nt. 7), 381.

⁽⁷³⁾ Sul carattere diretto della responsabilità di cui all’art. 2497¹, c.c. v. anche Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., che sottolinea la deroga che la previsione sui gruppi introduce rispetto sia all’art. 1223 c.c. sia rispetto all’art. 2395 c.c.

⁽⁷⁴⁾ Da ultimo SBISÀ, (nt. 4), 817.

⁽⁷⁵⁾ MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2010, 823 ss. Di una possibile “rilevanza esterna” delle regole di condotta degli amministratori, sia pure in una prospettiva diversa da quella assunta nel testo, parla anche GUERRERA, (nt. 20), 268.

⁽⁷⁶⁾ MAZZONI, (nt. 75), 829.

13. *Qualche ulteriore spunto in favore della ricostruzione di un rapporto (e dunque anche di una responsabilità) diretto/a ricavabile dal diritto dell'impresa.* — La difficoltà di giustificare la scelta compiuta dal legislatore della riforma nel prevedere una responsabilità diretta della capogruppo verso i soci esterni ed i creditori della eterodiretta deriva dalla erronea prospettiva adottata nell'analizzare la disciplina dei gruppi.

Tale riflessione, infatti, viene impostata nella prospettiva della società quale soggetto che esercita l'impresa (77). Il nuovo capo IX non è analizzato come regolamento dell'esercizio, del finanziamento e della responsabilità d'impresa; non è interpretato secondo schemi concettuali congrui a questa prospettiva. Al contrario, si prescinde del tutto dall'impresa o se ne postula un rilievo solo sul piano economico (78).

Così ragionando, tuttavia, si finisce per omettere la considerazione degli interessi coinvolti nell'attività d'impresa, degli strumenti di tutela di cui abbisognano e delle rispettive posizioni dei loro titolari (79).

La prospettiva più corretta dalla quale analizzare la disciplina del capo IX è, invece, quella che porta a considerare il gruppo come un modello di struttura organizzativa per l'esercizio dell'impresa (80). Pertanto, nell'interpretare l'art. 2497¹, c.c. si deve accedere ad una visuale che assuma l'unicità giuridica dell'impresa, pur se frazionata in diversi centri di imputazione delle relazioni (81).

In quest'ottica, può facilmente giustificarsi la costruzione di una relazione obbligatoria diretta fra capogruppo, da una parte, e soci e creditori della dominata, dall'altra, che invece risulterebbe difficilmente spiegabile nell'ambito di un approccio intersoggettivo (che valorizzi il rapporto fra società come distinti soggetti di diritto).

Per pervenire all'equilibrata composizione del conflitto di interesse istituzionalizzato, che la legge delega ha imposto alla normativa delegata, non rileva tanto il rapporto fra le diverse società costituenti il gruppo, ma quello fra quanti risultano destinatari

(77) P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento d'impresa*, in *Riv. dir. com.*, 2005, I, 680.

(78) Così quasi alla lettera, M. ROSSI, (nt. 28), 628.

(79) Così M. ROSSI, (nt. 28), 628, il quale a nt. 55 richiama il pensiero di Ferro Luzzi e Libonati.

(80) A fronte della pluralità di prospettive sotto cui il fenomeno di gruppo può essere indagato, occorre fare riferimento ai *profili giuridici* dell'impresa economica di gruppo. Così ABBADESSA, (nt. 18), 284; LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini, 1978, 178; Id., *Diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2005, 426; per l'espressa qualificazione della responsabilità della capogruppo come *responsabilità d'impresa*, cfr. GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadesse-Portale, Torino, Utet, 2006, 46; conf. GUIZZI, (nt. 67), 343 e M. ROSSI, (nt. 28), 643 i quali, senza riferirsi direttamente alla responsabilità, parlano della direzione unitaria come dell'espressione di un potere sostanzialmente imprenditoriale. A ciò legittima l'impostazione scelta dal legislatore nel capo IX, che pone al proprio centro l'attività di direzione e coordinamento, che è attività d'impresa. L'intera disciplina è pervasa dal riferimento ad essa.

(81) Una simile concezione dell'impostazione di fondo della disciplina del gruppo è affermata da ABBADESSA, (nt. 18), 284, il quale sostiene che "al centro della disciplina risarcitoria... viene posto... non più il gruppo inteso nella sua dimensione pluralistica di società distinte soggette ad una direzione comune, bensì il gruppo nella sua dimensione unitaria di impresa organica". Conf. M. ROSSI, (nt. 28), 641; GUIZZI, (nt. 67), 449; ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadesse-Portale, I, Torino, Utet, 2006, 25. Ma in tal senso v. anche la riflessione di ZOPPINI, *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadesse-Portale, IV, Torino, Utet, 2006, 1093 ss. che attribuisce rilievo al gruppo come impresa unitaria ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 2513 c.c., che prescrive i requisiti gestionali delle cooperative a mutualità prevalente.

finali dei risultati dell'attività (del gruppo) e coloro che, invece, partecipano, finanziandole, a singole fasi di tale attività.

Guardando all'attività d'impresa e ai suoi risultati, il danno è irrilevante per la dominante che può esercitare l'eterodirezione in modo dannoso per la singola dominata, perché consegue un risultato positivo a livello di gruppo nel suo complesso; mentre sussiste la necessità di tutelare coloro che misurano l'esito del loro investimento o finanziamento in relazione alla singola entità ⁽⁸²⁾.

Il rifiuto della prospettiva soggettiva consente di sollevare il "velo" costituito dalla società eterodiretta, che occulta quelli che sono i soggetti realmente interessati ad una direzione conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Sulla società controllata, infatti, non si appunta un interesse comune di tutti i soci, posto che taluni perseguono i loro interessi economici in una singola società del gruppo, mentre altri lo soddisfano al suo esterno, tramite la gestione unitaria ⁽⁸³⁾.

A fronte di una simile circostanza, non ha senso insistere nell'interporre — fra la capogruppo e i legittimati attivi ex art. 2497 c.c. — la società dominata come autonomo soggetto interessato dalla condotta gestoria della *holding* e dal danno che, eventualmente, ne consegua; e come soggetto, che dovrebbe essere legittimato, in prima istanza, all'esperimento dell'azione di responsabilità ⁽⁸⁴⁾.

Adottando la prospettiva dell'impresa unitaria di gruppo, si supera il simbolo linguistico della società dominata come autonomo soggetto di diritto e si giustifica agevolmente l'apparente aporia di una relazione obbligatoria prevista, *ex lege*, direttamente nei confronti dei suoi soci minoritari e creditori.

14. *La posizione della società eterodiretta* ⁽⁸⁵⁾. — Le sentenze in commento si sono occupate anche dell'art. 2497³, c.c.

Al riguardo il tribunale di Palermo ha affermato che la norma contempla un onere

⁽⁸²⁾ ANGELICI, (nt. 27), 208; vedi anche le ulteriori osservazioni di M. ROSSI, (nt. 28), 649, il quale afferma che ammettendo un'azione risarcitoria della dominata verso la capogruppo si avrebbe una sorta di autorisarcimento per quest'ultima (per il danno derivante da una condotta alla stessa imputabile).

⁽⁸³⁾ Cfr. ABBADESSA, (nt. 18), il quale nota come la previsione di un rapporto diretto fra capogruppo e soci minoritari e creditori della dominata determini un effetto positivo anche per la capogruppo. Questa, infatti, rimane libera di decidere, nell'autonomia delle proprie scelte imprenditoriali, se rimuovere *in toto* il danno arrecato alla società dominata, o, viceversa, limitare il ristoro al solo pregiudizio arrecato ai soggetti esterni al gruppo di comando. Diversamente, imponendo di risarcire per intero la dominata, si sarebbe introdotto un elemento di ingiustificata rigidità nella gestione finanziaria del gruppo; ANGELICI, (nt. 27), 229 ss.

⁽⁸⁴⁾ Questo ragionamento deve portare alla conseguenza logica di escludere la configurabilità della legittimazione attiva della dominata nei confronti della capogruppo. È questa la conclusione cui pervengono, proprio in base alla valorizzazione della prospettiva dell'impresa unitaria di gruppo — e alla svalutazione della distinta soggettività della dominata — ABBADESSA, (nt. 18), 282; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, 44; MAUGERI, (nt. 1), 369, nt. 174; M. ROSSI, (nt.), 648.

⁽⁸⁵⁾ Di seguito nel testo ci si occupa, per ragioni di spazio, del significato dell'art. 2497³, c.c. soltanto rispetto ai soci della eterodiretta, posto che solo sulla posizione di essi si è pronunciata la sentenza in esame. Peraltro rispetto ai creditori la riconduzione a sistema della norma citata è molto più agevole se la loro posizione viene distinta (a dispetto della lettera della legge che sembra invece equipararla a) da quella dei soci. Al riguardo v. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, Utet, 2007, 953 ss.; GUERRERA, (nt. 22), 517; TOMBARI, (nt. 84), 50.

di preventiva escussione del patrimonio della controllata, *da far valere in fase esecutiva*, salva comunque la possibilità per i soci ed i creditori dell'eterodiretta di convenire in un giudizio di cognizione quest'ultima insieme alla *holding* per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno ⁽⁸⁶⁾.

La norma, dunque, prescriverebbe una condizione dell'azione esecutiva, ma non di quella di condanna contro la *holding* ⁽⁸⁷⁾.

Tuttavia, si deve rilevare che tale interpretazione dell'art. 2497³, c.c. suscita varie perplessità. Il principio di diritto affermato dal giudice di Palermo implica che la responsabilità della capogruppo abbia comunque natura sussidiaria rispetto a quella dell'eterodiretta, operando a favore della *holding* il *beneficium excussionis* ex art. 2304 c.c. ⁽⁸⁸⁾. Il che pare difficile da accettare rispetto ad una norma — l'art. 2497 — che

⁽⁸⁶⁾ Sul punto la sentenza in esame si è uniformata ai due precedenti sulla questione rappresentati da Trib. Pescara, 3 febbraio 2009, n.128, in *Giur. merito*, 2010, 2740 ss. e Trib. Messina, 8 maggio 2008, n. 917, ined. Tale orientamento giurisprudenziale ha recepito la ricostruzione proposta da GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, Cedam, 2008, 228; Ib., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Zanichelli, 2006, 265, il quale pone a fondamento della propria ricostruzione il parallelo con l'art. 2304 c.c. in relazione al quale la Cassazione ha enunciato un principio di diritto analogo a quello riportato nel testo in relazione all'art. 2497³, c.c. (v. da ultimo Cass., 10 febbraio 1996, n. 1050, in *Rep. foro it.*, 1996, voce *Società*, n. 494); la tesi di GALGANO è accolta dubitativamente anche da TOMBARI, (nt. 84), 51. Il Tribunale di Palermo, nella sentenza 3 giugno 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 931, al contrario, ha affermato che "il mancato soddisfacimento delle ragioni creditorie da parte "controllata" costituisca[e] una vera e propria condizione dell'azione *de qua* [che opera sin dal giudizio di cognizione], della quale deve essere fornita la prova ad opera dell'attore specie in presenza di una espressa e puntuale contestazione formulata da parte convenuta..."; Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., ha invece ritenuto che l'art. 2497³, c.c. preveda non già una condizione di procedibilità dell'azione verso la capogruppo o un *beneficium excussionis* a suo vantaggio, ma solo la facoltà di *denuntiatio litis* verso la eterodiretta in modo da porla nella condizione di partecipare al giudizio e di prendere posizione sulle domande proposte verso la *holding* e per stimolarla a richiederle i mezzi finanziari necessari a soddisfare gli attori.

⁽⁸⁷⁾ Così, a proposito dell'art. 2304, c.c., v. Cass., 26 giugno 1992, n. 8011, in *Mass. giust. civ.*, 1992, fasc 6. Si noti che se si ammette che l'art. 2497³, c.c., prescriva l'obbligo della eterodiretta di soddisfare i suoi soci o creditori del danno patito in conseguenza dell'abuso di eterodirezione — cosa peraltro che si nega nel testo —, la motivazione della sentenza in commento risulta corretta là dove ammette la legittimazione dei danneggiati ex art. 2497¹, c.c. ad instaurare un giudizio di cognizione contro la capogruppo che si svolga anche nel contraddittorio della società controllata, sì da consentire che nei suoi confronti si formi ed abbia efficacia la pronuncia di condanna. Infatti fra l'obbligo della dominata e la responsabilità della capogruppo ex art. 2497¹, c.c. pare intercorrere un nesso di pregiudizialità-dipendenza (v. chiaramente, VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, Giappichelli, 2011, 44, ove si legge che "la sussistenza degli estremi per dare seguito alla soddisfazione del socio ex art. 2497, comma 3°, c.c., dovrà essere accertata giudizialmente". V. anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1999, 389, ove si chiarisce che il rapporto indicato nel testo ricorre quando un rapporto costituisce elemento in senso ampio della fattispecie da cui deriva un altro rapporto).

⁽⁸⁸⁾ V. sopra in nota. Per quanto concerne il concetto di sussidiarietà si deve rilevare che essa è una categoria dogmatica nella quale rientrano previsioni normative estremamente variegate, fra le quali deve essere annoverata anche l'art. 2304 c.c. (e, dunque, *a fortiori*, anche l'art. 2497³, c.c., se ricostruita come norma analoga a quest'ultima) (v. MAGGIOLO, (nt. 7), 176 che si rifà all'insegnamento di G. F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, Jovene, 1974, 246 ss., il quale afferma che si ha sussidiarietà anche quando si descrive un "rapporto di coordinazione fra più obbligazioni coesistenti; per indicare... quelle forme di concorso di obbligazioni in cui... [fra più debitori per la medesima prestazione] non vi è parificazione ma graduazione ai fini dell'adempimento... In questo ordine di idee si definisce sussidiaria l'obbligazione... che presuppone... esaurite le possibilità

sembra attribuire carattere principale, nell'economia delle relazioni originate dall'abuso di direzione unitaria, alla prestazione risarcitoria della capogruppo ⁽⁸⁹⁾.

Inoltre, la ricostruzione proposta dal tribunale solleva qualche dubbio circa la sua conformità all'art. 24 Cost. ⁽⁹⁰⁾. Dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, si ricava come il legislatore ordinario possa sottoporre a determinate "condizioni l'esperimento del diritto privato, anche *in executivis*" ⁽⁹¹⁾, ma solo per la necessità di tutelare "interessi di preminente valore pubblico" ⁽⁹²⁾. Nel caso in esame, però, risulta difficile individuare l'interesse di rango costituzionale idoneo a giustificare la limitazione del diritto di azione (esecutiva) che la sentenza ha ritenuto prescritta dall'art. 2497³, c.c. Dal che deriva il possibile contrasto di tale interpretazione della norma con l'art. 24¹, Cost. e la conseguente necessità di individuarne una alternativa che sia conforme a quest'ultimo (c.d. interpretazione costituzionalmente orientata).

Infine, la tesi della necessità di agire preventivamente contro l'eterodiretta — tanto in sede di giudizio di cognizione, quanto *in executivis* — sembra esporsi ad un'ulteriore obiezione capace di inficiarne radicalmente la fondatezza. Non si riesce cioè ad individuare quale sia il titolo dell'eventuale azione contro la società eterodiretta, posto che essa coincide con il soggetto primariamente leso dall'abuso di eterodirezione ed il 3° co. dell'art. 2497, c.c. non è certo idoneo ad imputarle il fatto lesivo ⁽⁹³⁾. Al riguardo, lo stesso art. 2304 c.c., utilizzato come modello per interpretare la norma in materia di gruppi, presenta rispetto a quest'ultima una differenza essenziale. L'azione dei creditori sociali contro i soci di s.n.c. trova la propria *causa petendi* nella responsabilità solidale ed illimitata per le obbligazioni sociali di cui all'art. 2291 c.c.. Pertanto, non sembra corretto il riferimento alla disposizione sulla s.n.c. come criterio interpretativo dell'art.

di ottenere coattivamente la prestazione dal debitore principale". Questa è appunto la ricostruzione dell'art. 2497³, c.c. accolta dalla sentenza in esame).

⁽⁸⁹⁾ MAUGERI, (nt. 1), 382; MAGGIOLO, (nt. 1), 182 ss.; SCOGNAMIGLIO, (nt. 85), 943. Si deve anche osservare che laddove si ammetta la natura sussidiaria della responsabilità della capogruppo rispetto a quella della eterodiretta, il sistema risultante dall'art. 2497 c.c. sarebbe ulteriormente contrario al principio per il quale l'obbligata principale al risarcimento del danno da eterodirezione abusiva deve essere la *holding*, perché la sussidiarietà non opera verso i soggetti responsabili in solido *ex art.* 2497², c.c. (GALGANO, (nt. 86), 229). Quindi verso tali soggetti i soci potrebbero agire immediatamente.

⁽⁹⁰⁾ Il rilievo ai fini dell'interpretazione dell'art. 2497³, c.c. dell'art. 24 Cost. è colto anche nella sentenza in esame, ma per negare la validità della tesi che ritiene prevista nella prima norma una condizione di procedibilità o ammissibilità dell'azione di cognizione contro la capogruppo. Nel testo si sostiene che l'art. 24¹, Cost. esclude anche l'interpretazione proposta nella sentenza in esame.

⁽⁹¹⁾ Questo è il caso che rileva ai fini della presente riflessione, proprio in quanto il tribunale ritiene che l'art. 2497³, imponga "un onere di preventiva escussione, da far valere in fase esecutiva," contro la eterodiretta.

⁽⁹²⁾ Così COMOGLIO, sub art. 24, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili*, a cura di Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del "Foro italiano", 1981, 32 ove ampi riferimenti alle sentenze della Corte Cost.; BIN-BARTOLE, sub art. 24, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2009, 210.

⁽⁹³⁾ Quindi non si può agire contro la eterodiretta a titolo di risarcimento del danno. La considerazione è ricorrente in dottrina. Essa è confermata dal principio enunciato nell'ordinamento tedesco per cui la condotta lesiva dell'organo sociale non è imputabile alla società ove la norma violata (nel nostro caso l'art. 2497¹, c.c.) sia posta proprio a tutela dell'interesse di quest'ultima (MERTENS, *Die Geschäftsführungshaftung in der GmbH und das ITT-Urteil*, in *Festschrift für R. Fischer*, Berlin-New York, 1979, 470). V. anche COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, Giuffrè, 2004, 1202 che parla di "non chiaro ed esplicitato titolo" dell'azione contro l'eterodiretta.

2497³, c.c., proprio perché nella disciplina del gruppo non è dato ravvisare un titolo per convenire in giudizio la società eterodiretta ⁽⁹⁴⁾.

Rilevate le obiezioni cui va incontro la tesi sostenuta dalla prima delle sentenze in commento, occorre notare che la lettera dell'art. 2497³, c.c. non prescrive in modo esplicito l'onere per i danneggiati ex art. 2497¹ c.c. di agire (o in sede di giudizio di cognizione; o in sede di esecuzione forzata, come ribadito dalla sentenza in esame) contro la società dominata, né di richiederle anche in via stragiudiziale il risarcimento del danno. In realtà, l'articolo può essere interpretato come norma avente la funzione di evitare la duplicazione del risarcimento del medesimo danno (quello previsto all'art. 2497¹, c.c.) a carico dell'autore dell'abuso di eterodirezione: "il ristoro dei soci e dei creditori può essere accordato una sola volta; chi l'abbia già ottenuto dalla società eterodiretta non può conseguirlo una seconda volta dalla capogruppo..." ⁽⁹⁵⁾.

Il passaggio fondamentale nell'interpretazione della norma in esame consiste nel cogliere il significato del termine "soddisfatti", dato che una volta individuato quando i soci della eterodiretta possono dirsi tali si ricava, di conseguenza, anche quando essi non sono legittimati ad agire ex art. 2497¹, c.c.

Intanto, tale soddisfazione certamente ricorre quando la capogruppo, dinnanzi ad un'azione esperita dai soci della eterodiretta, compia un'attribuzione patrimoniale a favore di quest'ultima, che provvede poi a risarcire i propri soci ⁽⁹⁶⁾.

Inoltre, la soddisfazione di questi ultimi può realizzarsi ove si ammetta — come fa la dottrina prevalente ⁽⁹⁷⁾ — la legittimazione della società eterodiretta ad agire per

⁽⁹⁴⁾ Emblematica della difficoltà indicata nel testo mi pare l'interpretazione dell'art. 2497³, c.c. proposta da G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 85), 960 ss., la quale ritiene che la norma imputi alla controllata il debito, ma non la responsabilità da direzione e coordinamento abusiva e che aggiunge: "poiché non è possibile rinvenire alcun fondamento razionale di una ipotetica obbligazione risarcitoria gravante sulla società eterodiretta, deve assumersi che una siffatta obbligazione a carico di detta società non vi è"; Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., il quale sottolinea il fatto che l'eterodiretta non può essere considerata come un debitore verso i soci accanto alla capogruppo e che i soci della prima non hanno azione (a titolo di concorso con la holding) verso la stessa in relazione alla diminuzione del valore della loro partecipazione, perché l'illecito non è imputabile alla eterodiretta, ma, semmai, ai suoi amministratori; Trib. Verona, 6 settembre 2011, in www.ilcaso.it. Ma allora ciò premesso, non si vede a quale titolo il giudice possa condannare l'eterodiretta a risarcire il socio. Essa potrà fare ciò solo con risorse provenienti dalla capogruppo (e v., infatti, in tal senso SCOGNAMIGLIO, cit.), oppure in sede di distribuzione degli utili (v. di seguito quanto sostenuto da ANGELICI), ma non a seguito di un giudizio cui la eterodiretta non può essere considerata legittimata passiva.

⁽⁹⁵⁾ SCOGNAMIGLIO, (nt. 85), seguita da TOMBARI, (nt. 84), 50. Il principio per cui "l'autore dell'illecito non [può] essere comunque condannato a risarcire due volte il medesimo danno" è ritenuto del tutto pacifico in ambito risarcitorio da LIBERTINI-SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, Riv. dir. priv., 2002, 405 ss.

⁽⁹⁶⁾ MAUGERI, (nt. 1), 384. La dottrina maggioritaria ritiene inevitabile che l'onere economico del risarcimento ex art. 2497³, non debba ricadere sulla eterodiretta. V. MAUGERI, cit., 379 ss. ove ampi approfondimenti; GUERRERA, (nt. 22), 517; TOMBARI, (nt. 84), 50; *contra* la sentenza in esame, imponendo l'escussione preventiva dell'eterodiretta. In realtà, si potrebbe pensare, come forma di soddisfazione dei soci esterni al gruppo, "ad attribuzioni patrimoniali della società [eterodiretta]... secondo criteri diversi da quello consueto che guarda alla misura proporzionale della loro partecipazione...": per es. attraverso una ripartizione degli utili tale da compensare i soci esterni al gruppo di quelli non percepiti a causa dell'abuso di eterodirezione; quindi una ripartizione non proporzionale approvata naturalmente dalla capogruppo-socia di maggioranza, interessata a non subire, in caso contrario, l'azione di responsabilità (v. ANGELICI, (nt. 27), 154 ss. Sono grato a quest'ultimo autorevole autore per il colloquio che ho potuto avere con lui sull'argomento e mi permetto di riportare l'esempio che ha voluto condividere con me per chiarire la sua posizione sul punto).

⁽⁹⁷⁾ Per la dottrina che propende per l'ammissibilità dell'azione risarcitoria della

ottenere il risarcimento dell'intero pregiudizio arrecato al suo patrimonio. Si deve, infatti, considerare, che il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale ex art. 2497¹, c.c. è un danno riflesso, che transita cioè per il patrimonio della dominata; risarcito questo, dunque, i soci sono già ristorati del pregiudizio cagionato loro dall'eterodirezione abusiva⁽⁹⁸⁾. D'altronde il termine "soddisfatti" nel diritto civile⁽⁹⁹⁾ indica l'attribuzione al creditore di un'utilità che ne realizza l'interesse⁽¹⁰⁰⁾. Pertanto, il risarcimento corrisposto dalla capogruppo alla eterodiretta, eliminando il danno cagionato al suo patrimonio che, indirettamente, pregiudica anche i soci, può certamente essere qualificato come soddisfazione del diritto risarcitorio vantato da questi ultimi ai sensi dell'art. 2497¹, c.c.⁽¹⁰¹⁾. In relazione a tale rilievo deve essere considerata ragionevole l'interpretazione dell'art. 2497³, c.c. proposta recentemente dal Tribunale di Milano, ove si è ritenuto che la norma attribuisca ai soci danneggiati dalla eterodirezione abusiva la facoltà di chiamare in giudizio la propria società "in chiave di *denuntiatio litis*... per stimolarla a richiedere... il risarcimento del danno subito" dal quale deriverebbe anche la soddisfazione indiretta degli attori originari⁽¹⁰²⁾.

A sostegno di quest'ultima lettura dell'art. 2497³, c.c. può essere utilizzato l'argomento dell'interpretazione sistematica. L'art. 2497 c.c., nel derogare con riguardo alle società soggette a direzione e coordinamento la regola generale del diritto societario che limita il diritto del socio al risarcimento del solo pregiudizio diretto⁽¹⁰³⁾, pone il problema di evitare la duplice riparazione (alla società dominata, da un lato; ai suoi soci, dall'altro) del medesimo danno da direzione unitaria scorretta. Tale eventualità non è esclusa, nel caso di eterodirezione abusiva, dalla funzione di *Konkurrenzsperr*e assoluta

eterodiretta nei confronti della capogruppo: v. G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 85), 965; CARIELLO, (nt. 3), 1257; GUERRERA, (nt. 22), 514 s. ove ulteriori citazioni, che nota a sostegno della legittimazione ad agire della eterodiretta che il legislatore non l'ha prevista espressamente, ma non l'ha nemmeno esclusa "espressamente, come pure avrebbe potuto"; in senso contrario, invece ABBADESSA, (nt. 18), 285 ss.; MAUGERI, (nt. 1), 369.

⁽⁹⁸⁾ Rispetto a tale evenienza (che può verificarsi nelle ipotesi descritte da GUERRERA, (nt. 22), 515 s.) si è precisato in dottrina che la società eterodiretta che per prima abbia agito in responsabilità contro la capogruppo può ottenere "l'intero danno... a condizione che si impegni a tenere indenne la capogruppo dalle pretese che venissero, in un momento successivo, eventualmente azionate dal singolo socio... (ed anzi che si impegni... a mettere il *quantum* del risarcimento in ipotesi corrisposto dalla capogruppo immediatamente a disposizione dei soci... che facciano valere le rispettive pretese risarcitorie) (G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 85), 943 ss.). Ma per quanto si dice nel testo tale impegno della eterodiretta è superfluo poiché l'impossibilità per il socio di agire contro la capogruppo nel frangente descritto discende già dall'art. 2497³, c.c.

⁽⁹⁹⁾ In particolare, in riferimento a quei modi di estinzione dell'obbligazione (c.d. satisfattori) diversi dall'adempimento (inteso nel senso di esecuzione dell'esatta prestazione dedotta in obbligazione).

⁽¹⁰⁰⁾ V. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, Jovene, 1968, 133 ss.; DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, Torino, Utet, 1999, 314 ss. e la dottrina ivi citata in nt. 10.

⁽¹⁰¹⁾ Per uno spunto conforme alla interpretazione dell'art. 2497 che si propone nel testo v. GUERRERA, (nt. 22), 515, nt. 38. Diversa questione, poi, è se in tale frangente, nonostante ai soci sia precluso agire verso la capogruppo che abbia già risarcito l'eterodiretta, essi possano pretendere da quest'ultima la propria frazione individuale del risarcimento in coerenza con quanto prescritto dall'art. 2497¹, c.c. Per un'analisi approfondita delle ragioni che giustificano il risarcimento diretto al socio del danno da eterodirezione v. ABBADESSA, (nt. 18), 281 ss.; MAUGERI, (nt. 1), 354 ss. ove anche ampi riferimenti alla dottrina tedesca.

⁽¹⁰²⁾ Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit.

⁽¹⁰³⁾ Per tutti v. PINTO, (nt. 5), 925, ove ampi riferimenti.

proprio dalla limitazione della pretesa dell'azionista al solo danno diretto *ex art.* 2395 c.c. ⁽¹⁰⁴⁾.

Pertanto, è plausibile che il legislatore abbia voluto introdurre nel terzo comma dell'articolo in esame una prescrizione sostitutiva dell'art. 2395 c.c., volta a risolvere il problema della possibile concorrenza delle pretese dei diversi legittimati attivi in relazione alla riparazione del medesimo pregiudizio verso convenuti differenti (nel caso in esame la *holding* e la dominata). Il criterio adottato nella norma di apertura del capo IX per risolvere tale problema sembra essere quello della priorità temporale dell'esercizio dell'azione: il socio non può agire contro la capogruppo se la società partecipata ha già ottenuto il risarcimento del danno da direzione unitaria scorretta ⁽¹⁰⁵⁾.

15. *Conclusioni.* — L'art. 2497³, c.c., non sembra prescrivere un onere di preventiva richiesta del risarcimento alla eterodiretta gravante sul socio danneggiato. Non pare condivisibile, quindi, quanto sostenuto fin'ora dalla giurisprudenza teorica e pratica prevalente: che il termine "soddisfatti" utilizzato nell'art. 2497³, c.c., implichi, imponga una preventiva richiesta stragiudiziale di pagamento ⁽¹⁰⁶⁾; oppure una citazione ⁽¹⁰⁷⁾ o un'azione esecutiva nei confronti della eterodiretta ⁽¹⁰⁸⁾.

Pertanto, la norma non impedisce al socio di agire immediatamente e direttamente contro la capogruppo, senza dover richiedere alcunché alla propria società. Essa pone soltanto il limite per cui il socio non può agire *ex art.* 2497¹, c.c. se è già stato soddisfatto nelle forme sopra descritte ⁽¹⁰⁹⁾.

LORENZO BENEDETTI

⁽¹⁰⁴⁾ Sul punto v. PINTO, (nt. 5), 926, il quale rileva che il danno riflesso "è solo virtualmente un "doppio danno"... [esso] altro non è che il medesimo pregiudizio subito dal patrimonio sociale riguardato *a latere socii* e non può dunque essere risarcito cumulativamente in favore di entrambi i soggetti pregiudicati". Perciò, l'ordinamento ha dettato l'art. 2395 c.c., che "sancendo [implicitamente] l'integrale attrazione nella sfera dell'ente del risarcimento di ogni danno non arrecato nella "neutralità" del patrimonio sociale, risolve anzitutto con un'aprioristica scelta ad esclusivo vantaggio della società, un problema di potenziale concorrenza di pretese in relazione alla riparazione del medesimo pregiudizio". In tal senso v. anche la dottrina tedesca cit. da PINTO, 927, 69; e WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2003, 210.

⁽¹⁰⁵⁾ Per ulteriori approfondimenti in merito all'applicazione del principio e al coordinamento delle azioni della società dominata e dei soci o creditori della stessa v. PINTO, (nt. 5), 939, nt. 93; DAVIES, *Gower and Davies' The Principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 2003, 456.

⁽¹⁰⁶⁾ CARIELLO, (nt. 3), 1257, GUERRERA, (nt. 22), 517; GAMBINO-SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2007, 332; Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit.

⁽¹⁰⁷⁾ Salvo la possibilità per la dominata di avvalersi della chiamata in garanzia della capogruppo con la sua conseguente estromissione dal giudizio. V. G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 85), 962.

⁽¹⁰⁸⁾ Sul fatto che l'art. 2497³, c.c. non prescriva alcun onere (ovvero un adempimento necessario prodromico all'esercizio di un diritto) concorda anche ANGELICI (v. sopra, per il colloquio avuto direttamente con lo stesso).

⁽¹⁰⁹⁾ Circostanza che dovrà eventualmente essere eccepita e provata dalla capogruppo convenuta in giudizio. Si accoglie l'analoga conclusione cui perviene (sebbene in base ad un'argomentazione differente) MAUGERI, (nt. 1), 383.